

A INSURREIÇÃO DA ALDEIA GLOBAL CONTRA O PROCESSO CIVIL CLÁSSICO : apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*

ANTONIO HERMAN VASCONCELLOS BENJAMIN

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Sumário

1. Acesso à justiça: Uma questão crucial mas não tão nova - 2. Classificação do acesso à justiça - 3. Massificação e crise do processo civil clássico - 4. Crise do acesso à justiça e a proteção da parte fraca: O welfare state invade o processo civil - 5. Bens, interesses e direitos supraindividuais: Enfoque econômico e jurídico: 5.1 Teoria econômica do acesso à justiça: A comunialidade de certos interesses como base da supraindividualidade; 5.2 Teoria jurídica do acesso à justiça: Categorias de interesses supraindividuais; 5.2.1 O interesse público; 5.2.2 O interesse difuso; 5.2.3 O interesse coletivo stricto sensu; 5.2.4 Os interesses individuais homogêneos - 6. Caracterização do interesse ambiental e do consumidor - 7. Consumidor ambiente e acesso à justiça - 8. O conflito ambiental e de

* Texto resultante de intervenções nos encontros Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente e de Consumo (Guimarães, Portugal, 20-23.6.94), Homogénéité et Diversité Juridique de la Protection des Consommateurs de L'Union Européenne, de l'Espace Économique Européen et d'Europe du Centre et de l'Est (Potsdam, Alemanha, 22-24.6.94), Seminário Internacional de Acciones Populares y de Grupo (Bogotá, Colômbia, 7-9.9.94), e Aplicação Judiciária do Direito do Ambiente - Uma Perspectiva de Direito Comparado (Ponta Delgada, Açores, Portugal, 5-8.4.95).

O autor registra seus sinceros agradecimentos aos Doutores Armando Gomes Leandro, Manuela Flores, Beatriz Londoño Toro e Hans Micklitz pelos convites formulados.

consumo - 9. Fatores impeditivos do acesso à justiça em matéria ambiental e de consumo - 10. Meios internos de facilitação do acesso à justiça para os conflitos ambientais e de consumo - 11. Modalidades de mecanismos internos de facilitação do acesso à justiça - 12. Dois exemplos de ações supraindividuais: A ação civil pública brasileira e a class action anglo-saxônica: 12.1 Ação civil pública; 12.2 Class action; 12.2.1 Os vários modelos de class action no sistema norte-americano; 12.2.1.1 Equity; 12.2.1.2 Field code; 12.2.1.3 Federal rules of civil procedure de 1938; 12.2.1.4 Federal rules of civil procedure de 1966; 12.2.1.5 Os modelos de nova york e do uniform class action statute; 12.2.2 Distribuição da indenização; 12.2.3 Class action e ação civil pública - 13. A proteção do meio ambiente no Brasil - 14. A proteção do consumidor no Brasil - 15. Ministério Público e associações como porta-vozes da supraindividualidade ambiental e de consumo: 15.1 As organizações não-governamentais e a tutela do meio ambiente e do consumidor; 15.2 O Ministério Público e a tutela do meio ambiente e do consumidor; 15.2.1 Conceito de Ministério Público; 15.2.2 Evolução do Ministério Público Brasileiro; 15.2.3 O Ministério Público na tutela da supraindividualidade pós-moderna; 15.2.4 O Ministério Público na tutela do meio ambiente e do consumidor; 15.2.5 O Ministério Público

Brasileiro e a proteção do consumidor; 15.2.6
O Ministério Público Brasileiro e a proteção do meio ambiente - 16. Uma indagação à guisa de conclusão: A "indústria do parecer" inviabilizará a ação civil pública?

1. Acesso à justiça: Uma questão crucial mas não tão nova¹

O tema do acesso à justiça integra, realmente, a esfera das grandes preocupações da sociedade moderna como um todo.² Ao lado das implicações jurídicas - o processo civil como resolução de conflitos e instrumento de modificação de comportamentos -,³ avulta a repercussão política e social da matéria, essencial no esquema mais amplo da democracia e do Estado Social (*Welfare State*, *État-Providence* ou *Sozialstaat*); não surpreende, então, que o tema venha sendo elevado à categoria de *direito econômico e social fundamental*,⁴ ou, na dicção corretíssima de Sálvio de Figueiredo Teixeira, "ligado à democracia e à justiça social".⁵

Se é de todo apropriado alçar o acesso à justiça ao patamar dos macro dilemas do mundo contemporâneo, não é recomendável, entretanto, adotá-lo apenas como um modismo, passageiro como tal, tendência essa observável em certo círculos mais interessados no discurso do que na prática, nos resultados.

¹ No presente texto, são usadas as seguintes abreviaturas: CF, para Constituição Federal de 1988; CPC, para Código de Processo Civil de 1973; LACP, para a Lei 7.347/85, conhecida como "Lei da Ação Civil Pública"; e, CDC, para a Lei 8.078/90, que instituiu o *Código de Defesa do Consumidor*.

² Mauro Cappelletti e Bryant Garth, "Introduction", in *Accès a la Justice et État-Providence*, Paris, Economica, 1984, p. 15.

³ Cf. Henrik Lindblom, "Group actions. A study of the Anglo-American class action suit from a Swedish perspective", in Thierry Bourgoignie, *Group Action and Consumer Protection*, Bruxelles, Story-Scientia, 1992, p. 24.

⁴ Thierry Bourgoignie, *Éléments pour une Théorie du Droit de la Consommation*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 140.

⁵ Sálvio de Figueiredo Teixeira, "A efetividade do processo e a reforma processual", in *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Nova Fase, n. 32, 1994 p. 63.

Sintomático desse modismo é perceber a problemática do acesso à justiça como se estivesse coberta de novidade,⁶ fazendo-a decorrer, ademais, de fatos sociais - a massificação,⁷ em particular - que lhe seriam exclusivos. Não é bem assim!

O movimento atual simplesmente conferiu ao tema do acesso à justiça um novo colorido, agora descortinado sob o prisma do acesso coletivo à justiça, resultado de uma "poderosa tendência", referida por Ada Pellegrini Grinover,⁸ intuito de as segurar respostas supraindividuais a desafios massificados.

Todo esse movimento de renovação (= atualização) do Direito deve muito à revolução que tomou conta do planeta nos últimos cem anos e, com mais vigor, a partir da Segunda Guerra Mundial. Nas palavras muito felizes de Édis Milaré, que resumem esses fenômenos de várias ordens, "(a) milenar sociedade humana foi palco, em poucas décadas e em todos os seus setores - social, econômico, político -, de profundas e muitas vezes alarmantes transformações, das quais emergiu a sociedade contemporânea. Essas transformações não significaram apenas desenvolvimento e progresso, mas trouxeram consigo a explosão demográfica, as grandes concentrações urbanas, a produção e o consumo de massa, as multinacionais, os parques industriais, os grandes conglomerados financeiros e todos os problemas e convulsões inerentes a

⁶ Já em 1915, muito antes da recente "onda" reformadora, Roscoe Pound afirmava que "com respeito aos direitos e obrigações do dia a dia da grande maioria da comunidade urbana, a máquina através da qual tais direitos são protegidos praticamente os derrota, impossibilitando, quando violados, sua tutela" (*Apud* Thomas L. Eovaldi e Joan E. Gestrin, "Justice for consumers: the mechanisms of redress", in *Northwestern University Law Review*, vol. 66, n. 3, 1971, p. 281).

⁷ "Os mais importantes e desafiadores problemas que se propõem ao jurista de nossos dias decorrem da massificação" (Adroaldo Furtado Fabrício, "As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz", in *Revista de Direito do Consumidor*, RT/Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, vol. 7, julho-setembro de 1993, p. 30).

⁸ Ada Pellegrini Grinover *et alii*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Rio, Forense Universitária, 1995, p. 540.

esses fenômenos sociais. Numa sociedade como, essa - uma sociedade de massa - há que existir igualmente um processo, civil de massa".⁹

De outra parte, as transformações sociais que trouxeram à lume a crise do acesso à justiça também atingiram o Direito material. Realmente, "os problemas que vieram verdadeiramente assolar o direito processual civil não surgiram somente nesta seara do direito, senão que emergiram em sintonia com problemas e conseqüentes modificações no direito material".¹⁰ Ou seja, conforme Morello, a insuficiência do modelo jurídico para enfrentar os riscos e falhas da sociedade industrial e pós-industrial¹¹ é bipartida, verificando-se nos planos material e processual.¹²

O processo civil e o Direito material são, pois, vítimas casadas dessas grandiosas transformações. Um e outro, como irmãos siameses, pedem uma postura cirúrgica-reparadora concomitante. Se é correto, na arguta observação de José Carlos Barbosa Moreira, que "(n)enhuma 'revolução' puramente processual é suscetível, por si só, de produzir, na estrutura jurídico-social, modificações definitivas",¹³ também é exato que, sem uma insurreição no processo tradicional, qualquer alteração, por profunda que seja, no Direito material não passará de uma cortina de fumaça a esconder e perpetuar as injustiças e desmandos do individualismo arcaico.

⁹ Edis Milaré, *A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional*, S. Paulo, Saraiva, 1990, p. 3.

¹⁰ Arruda Alvim, "Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo - sua evolução ao lado do direito material", in *Revista de Direito do Consumidor*, RT/Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, vol. 2, abril-junho de 1992, p. 78.

¹¹ Sobre os desafios jurídicos da sociedade pós-industrial, cf. Atílio A. Alterini e Roberto M. Lopez Cabana, *Desmasificación de las relaciones obligacionales en la era post-industrial*, in Atílio A. Alterini e Roberto M. Lopez Cabana, *Derecho de Danos*, Buenos Aires, La Ley, 1992, pp. 63-83.

¹² Augusto M. Morello, *El proceso civil colectivo*, in Gabriel Stiglitz (coordenador), *Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios (Danos - Contratos)*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1994, p. 299.

¹³ José Carlos Barbosa Moreira, "A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo", in *Temas de Direito Processual*, Terceira Série, S. Paulo, Saraiva, 1984, p. 43.

Embora seja um fenômeno universal, a problemática do acesso à justiça, ao contrário do que sucede com questões tão ou mais complexas de Direito material, não vem sendo tratada de maneira igual, sequer similar, nos vários ordenamentos jurídicos. Eis, então, desnudada a importância do estudo comparado, base do presente texto.

É bom ter em conta que as "vantagens do estudo comparado do processo civil não têm sido fáceis de enxergar. De um lado, o direito processual é altamente abstrato e técnico. É difícil bem conhecer até mesmo um único sistema. Ademais, existem incontáveis sistemas em vigência, com variações mesmo dentro de um único país".¹⁴

O Direito Comparado, pois, é fundamental para um esquadramento adequado do tema do acesso à justiça. Devemos, contudo, como nota Ada Pellegrini Grinover, evitar que tal estudo venha "com a finalidade de copiar cegamente experiências estrangeiras, nem sempre adequadas ao nosso meio, mas como ponto de partida para as necessárias adaptações e a indispensável renovação de institutos que, amadurecidos à luz de outros ordenamentos, podem servir de indicadores para suprir as nossas exigências".¹⁵

2. Classificação do acesso à justiça

No que tange ao seu campo de aplicação, a expressão acesso à justiça dá ensejo a três enfoques básicos. Em sentido restrito, refere-se apenas à acesso à *tutela jurisdicional*, ou seja, à composição de litígios pela via judicial. Insere-se e opera, por princípio, no universo do processo. Já em sentido mais amplo, embora ainda insuficiente, quer significar acesso à *tutela de direitos ou interesses violados*, através de mecanismos jurídicos variados, judiciais ou não. Num e noutro caso, os instrumentos de acesso à

¹⁴ Mauro Cappelletti e Bryant G. Garth, "Introduction - policies, trends and ideas in civil procedure", in *Civil Procedure, International Encyclopedia of Comparative Law*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 3.

¹⁵ Ada Pellegrini Grinover, *Novas Tendências do Direito Processual*, Rio, Forense Universitária, 1990, p. 137.

justiça podem ter natureza *preventiva*, *regressiva* ou *reparatória*. Finalmente, numa acepção integral, é acesso ao Direito, vale dizer, a uma ordem jurídica *justa*¹⁶ (= inimiga dos desequilíbrios e destituída de presunção de igualdade), *conhecida* (= social e individualmente reconhecida) e *implementável* (= efetiva), contemplando e combinando, a um só tempo, um rol apropriado de direitos, acesso aos tribunais, acesso a mecanismos alternativos (principalmente os preventivos), estando os sujeitos titulares plenamente conscientes de seus direitos¹⁷ e habilitados, material e psicologicamente a exercê-los, mediante a superação das barreiras objetivas e subjetivas adiante analisadas; é nessa última acepção dilatada que *acesso à justiça significa acesso ao poder*.¹⁸

"Nesse sentido vasto, os meios preventivos de tutela do consumidor e do ambiente (alguns com pé fincado na norma substantiva) representam como que um acesso negativo ao aparelho judicial, pois resolvem ou compõem, num momento pré-jurisdicional e até pré-estatal,¹⁹ eventuais conflitos de interesses, sob o império da certeza de que as soluções ressarcitórias são, irremediavelmente, insuficientes para brindar proteção efetiva à sociedade.²⁰ Evitar a realização do dano passa a ser a regra e a meta preponderantes; compensar ou recompor o dano torna-se um dever acessório, para a hipótese de falência ou insuficiência das medidas preventivas. Abandona-se o "Direito de Danos" para chegar-se ao

¹⁶ Justa porque contribui para "o estabelecimento dum equilíbrio de poder entre os cidadãos, condição indispensável a uma distribuição mais igualitária da justiça na ordem social" (Thierry Bourgoignie, *Éléments... cit.*, p. 142).

¹⁷ O afastamento da ignorância de direitos é alcançável pela educação e informação (cf. Thierry Bourgoignie, *Éléments... cit.*, p. 140).

¹⁸ *Acesso ao poder* é exatamente um dos objetivos do "consumerismo" (e também do "ambientalismo"), o movimento dos consumidores organizados, que, insatisfeitos com sua posição vulnerável no mercado, tentam, dessa forma, obter, na nossa sociedade pluralista (supostamente), uma parcela do poder político, cf. Iain D. C. Ramsay, *Consumer redress mechanisms for poor-quality and defective products*, in Iain Ramsay, *Consumer Law*, Aldershot, Dartmouth, 1992, p. 421.

¹⁹ Veja-se o caso dos "Serviços de Atendimento ao Consumidor" estabelecidos pelas empresas (*ombudsmen* empresariais), verdadeiros organismos privados de solução de conflitos de consumo; cumprindo função similar, só que no plano externo à empresa, estão os BBBs (Better Business Bureaus).

²⁰ Augusto M. Morello e Gabriel Stiglitz, *Tutela Procesal de Derechos Personalísimos e Intereses Colectivos*, La Plata, Libreria Editora Platense, 1986, p. 102.

"Direito de Riscos". Esse o espírito que orienta, p. ex., o "Estudo de Impacto Ambiental" ou, ainda, a educação e informação dos consumidores,²¹ instrumentos poderosíssimos de prevenção conflituosidade ambiental e de consumo. Aqui, formulação e implementação do Direito unem-se, nas palavras de Manuela Flores, sob a conveniência do adágio de saúde "vale mais prevenir do que remediar".²²

Da mesma forma, agora considerando o plano dos sujeitos envolvidos, o acesso à justiça pode ser enxergado sob diferentes prismas. Ora se ressalta a distinção entre acesso individual e acesso *supraindividual* coletivo),²³ ora se destaca o acesso *direto* (mediante atuação do próprio titular do direito ameaçado ou lesado) em oposição a acesso *indireto*; (através de organismos oficiais, associações ou outros entes assemelhados). Nessa última hipótese - acesso indireto - temos o acesso *público* e o acesso, conforme o perfil estatal ou não do autor, vias essas que não são, necessariamente, excludentes.

Na tutela privada, é a própria vítima quem busca proteger seus interesses (que podem ser mediatos, como o resguardo da camada de ozônio), direta (tutela privada direta) ou indiretamente (tutela privada indireta), neste caso através de associação ou outra organização não-governamental que a represente. O lesado tanto pode atuar sozinho em nome próprio (tutela privada individual), como pode, ao contrário, através de mecanismos supraindividuais (*class action*, ação civil pública, p. ex.),

²¹ O mecanismo primeiro de tutela preventiva do consumidor e do ambiente é a educação e a informação dos sujeitos protegidos sobre a existência e os modos de exercício de seus direitos. Isso, evidentemente, pressupõe a disponibilidade de organismos, oficiais ou não, que cumpram tal função. É ilusório imaginar-se ou esperar-se que, no caldo da massificação, educação e informação sucedam por osmose ou geração espontânea. A prevenção também se faz pela educação dos violadores em potencial, isto é, daqueles que, no plano jurídico, são os titulares de obrigações para com o meio ambiente e os consumidores.

²² Manuela Flores, "Tutela cível do ambiente - evolução", in *Centro de Estudos Judiciários, Textos - Ambiente*, Lisboa, 1994, p. 209.

²³ Coletivo aqui significando mais do que o conteúdo que lhe dá o Código de Defesa do Consumidor (art. 81, parágrafo único, inc. II).

buscar amparo para interesses que reparte com outros sujeitos ou aglutiná-los com outros a ele assemelhados.

Na tutela pública, ao revés, o lesado tem, de certa maneira, um papel passivo, na medida em que um órgão público, do tipo do Ministério Público, *Ombudsman* ou agência, traz a si a tarefa de, administrativa (sanções administrativas,²⁴ p. ex.) e/ou judicialmente (ação civil pública ou assemelhada), proteger o interesse atacado. Como regra, inexistente tutela pública individual (exceção feita a *relator action*), pois a intervenção desses sujeitos estatais ocorre para a proteção de um grupo ou coletividade de cidadãos.

Alguns preferem estudar o problema em termos de acesso ao pobre²⁵ e de acesso ao *rico*. Por fim, outros tantos identificam o acesso à justiça pelo pólo de quem soluciona os conflitos, havendo, assim, acesso *judicial* e acesso *extrajudicial*. Este seria *auto-regulamentar* ou *administrativo*. Os mecanismos auto-regulamentares ora são criados e coordenados pelos próprios obrigados (fornecedores ou degradadores), ora são dirigidos por entidades ambientais ou de consumidores, podendo, ainda, ser independentes das duas categorias de sujeitos. Já os mecanismos extrajudiciais administrativos podem ser *executivos* ou *legislativos*.²⁶

3. Massificação e crise do processo civil clássico

Cinco regras (algumas postas como princípios) básicas do processo civil têm relevância para o nosso estudo do acesso coletivo à justiça em matéria ambiental e do consumidor. São eles: a) *o princípio dispositivo*, que "enseja ao autor a definição da lide, como desejar",²⁷ ou, dito melhor, entregando "a sorte do processo, em certos aspectos, à

²⁴ Cf. Vladimir Passos de Freitas, *Direito Administrativo e Meio Ambiente*, Curitiba, Juruá, 1993.

²⁵ É nesse sentido que se fala em consumidor do *ghetto*.

²⁶ Não custa lembrar que certos órgãos de defesa do consumidor estão agregados ao Poder Legislativo. É assim com a cidade do Rio de Janeiro, no Brasil.

²⁷ Arruda Alvim, *Tratado de Direito Processual Civil*, vol. 1, S. Paulo, RT, 1990, p. 91.

vontade dos litigantes";²⁸ b) *o princípio da demanda*, significando que a invocação da tutela jurisdicional é um direito de cunho individual, dependendo no resguardo dos interesses em conflito à própria e exclusiva iniciativa (livre) do sujeito-titular, vedada, salvo casos extremados, a atuação *ex officio* do juiz;²⁹ c) *o princípio da isonomia* (paridade processual), segundo o qual, na fórmula constitucional clássica, as partes são consideradas iguais perante o Juiz,³⁰ não podendo autor e réu terem tratamento desigual;³¹ d) a regra do *nul ne plaide par procureur*, pelo qual a ninguém é lícito, normalmente, postular em seu próprio nome direito alheio, ressalvadas, a conta-gotas, algumas exceções de legitimação anômala;³² e, por último, e) *o princípio da autoridade da coisa julgada*, determinando que a decisão judicial, como regra, só atinge as partes processualmente representadas, não afetando terceiros, estranhos ao processo.³³

Em sua formulação original, nenhum desses princípios se ajusta à realidade econômica e social do final do Século XX, à sociedade pós-industrial, caracterizada pela tecnologia, produção, comercialização, crédito, comunicação e conflituosidade massificados. São princípios que trazem uma marcante concepção individualista, própria da sociedade interpessoal do século XIX, o que os leva, em sobrevivendo, a sacrificar os próprios fins do processo, que são a realização de uma tutela jurisdicional eficaz e justa.

Nos tempos atuais, o litígio, mais ainda o ambiental e de consumo, nem sempre se resume a uma relação clara de conflituosidade

²⁸ José Carlos Barbosa Moreira, *A Junção social...* cit., p. 54.

²⁹ Cf. Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, I vol., Rio, Forense, 1981, p. 21.

³⁰ "Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição" (CF, art. 5.º, inc. I).

³¹ Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, S. Paulo, RT, 1990, p. 50.

³² Na fórmula do CPC brasileiro, "Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei" (art. 6.º).

³³ É a regra do art. 472, do CPC (primeira parte): "A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros".

entre dois sujeitos absolutamente identificados. Os conflitos, por essa via, assumem uma característica de massa, própria do sistema econômico (industrial e pós-industrial), que lhes deu origem.

Disso decorre uma primeira consequência, indutora de todo o movimento de renovação processualística: a massificação (mas não só ela) do conflito retira o litígio da esfera exclusiva dos diretamente envolvidos, publicizando-o, levando para o âmbito do *público* aquilo que anteriormente era monopólio do *privado*.³⁴ Tais conflitos começam, então, a ser encarados sob o plano de seu *ajuntamento* (quantitativo e também qualitativo) e não mais sob a ótica de sua fragmentação subjetiva. Assim, conflitos que, pelo prisma individual, são economicamente menores, tornam-se, numa visão global de agregação, extensivos, relevantes, qualitativamente distintos e merecedores de tutela especial,³⁵ mesmo que, para tanto, sucumbam partes ou a totalidade dos princípios de gerência do processo, respeitados, é claro, os limites constitucionais. Nesse sentido, pode-se dizer que a massificação é o cenário onde se dá a queda, transformação e renascimento do Direito Processual.

4. Crise do acesso à justiça e a proteção da parte fraca: O *welfare state* invade o processo civil

O desenvolvimento do Estado Social propiciou grandes avanços em termos de proteção legislativa ao mais fraco. Muniu-se o trabalhador de novos direitos, criou-se um aparato legal de proteção ao consumidor e aos titulares de bens ambientais, amparou-se as minorias, etc.³⁶ Com o

³⁴ Igual fenômeno se dá no plano da formulação dos direitos e obrigações, determinando duplo fundamento para a supraindividualidade, um material, e outro, processual. Assim, tanto o ambiente como o consumidor são resguardados através de *normas de ordem pública*, com seus bens tutelados claramente publicizados: o ambiente ecologicamente equilibrado (Constituição Federal, art. 225), a qualidade de produtos e serviços, a correção e não-abusividade da publicidade, e a contratação equilibrada (Código de Defesa do Consumidor) são valores que não mais se exaurem na restrita esfera de sujeitos privados indetificados.

³⁵ Cf. *Group Action and the Consumer Interest: ECLG Report*, adotado em novembro de 1981, in *European Consumer Law Group: Reports and Opinions* (September 1977 - March 1984), Louvain-la-Neuve, Cabay-Bruylant, 1984.

³⁶ Cf. P.S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979; Thomas Wilhelmsson, *Critical Studies in Private Law*, Dordrecht, Kluwer Academic

Welfare State surge uma cultura própria, fundada na "expectativa geral de justiça",³⁷ em contraste com o modelo prevalente no século passado, de fatalismo, resignação, apatia reivindicatória generalizada.

Apesar dessa "expectativa geral de justiça", a evolução no plano substantivo não repercutiu - e ainda não repercute - com a mesma intensidade e eficácia no plano processual, vale dizer, no alargamento, facilitação e melhoria global do acesso à justiça para os mais vulneráveis. Em vários países, estão para ser criados, paralelamente aos novos direitos concedidos pelo legislador, mecanismos adequados que dêem aos titulares, quando lesados, condições de implementá-los eficientemente; não se trata, em absoluto, de uma dificuldade apenas legal, de lacuna legislativa, fruto de descaso inocente ou até de preguiça do legislador; é, primordialmente, uma "questão cultural",³⁸ associada à forma como os sujeitos se enxergam reciprocamente e vêm os bens comunais que os cercam.

Em vários países - e não cuidamos aqui só da banda pobre do mundo, mas dos mais ricos - à atenuação das desigualdades no terreno substantivo não correspondeu mitigação equivalente no campo da estrutura de poder no processo. E, não custa repetir, a concessão destes novos direitos, ou o reconhecimento da legitimidade de novos interesses,

Publishers, 1992. No Estado Providência ou Social, o Estado é chamado a intervir ativamente numa Estrutura econômica que, em larga medida, permanece em mãos privadas, objetivando melhorar a condição econômica e social da parte fraca, dos que estão, por qualquer razão, em situação de desvantagem: os pobres, os trabalhadores, as minorias, os consumidores, os portadores de deficiência, o meio ambiente, os idosos, as vítimas de crimes etc. (cf. Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Introduction... cit.*, p. 33).

³⁷ Lawrence M. Friedman, *The Republic of Choice. Law, Authority and Culture*, Cambridge, Harvard University Press, 1994, p. 60.

³⁸ M. Remond-Gouilloud, "Efficacité et limites des modes d'évaluation et de réparation des dommages collectifs", in Cecelia Kye (ed.), *EU Environmental Law, and Policy & EU Consumer Law and Policy: Converging and Diverging Trends*, Diegem, Story Scientia, 1995, p. 207. Mesmo quando processo e direito material se renovam em conjunto, seria um imperdoável ato de paixão ou exagerado otimismo - por força das amarras culturais - imaginar que a lei fria fará, no campo do acesso à justiça no Brasil, a revolução que tanto precisamos, quando se sabe que inexiste, aqui, "uma consciência arraigada de defesa, dos interesses difusos ou coletivos no âmbito da sociedade" (Voltaire de Lima Moraes, "Da tutela do consumidor", in Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, v. 1 - nova fase -, n. 24, 1990, p. 19).

de pouco servirá se aos seus destinatários não se abrir a possibilidade de, judicialmente ou não, adequadamente exercê-los.³⁹

Não deixa, pois, de ser irônico, que, embora o Estado Social não pare de se expandir,⁴⁰ atingindo domínios da supraindividualidade antes inimagináveis como seus (é o caso do ambiente e do consumidor), a questão do acesso coletivo à justiça - e o tema da própria efetividade do Direito e da implementação - permanecia, até pouco tempo, como galho velho em árvore podada, o mais representativo bastião da concepção individualista ultrapassada do *laissez-faire*.⁴¹

É sempre útil não perder de vista que os defeitos existentes no modelo atual de acesso à justiça para bens e sujeitos particularmente vulneráveis são verdadeiramente *estruturais* (inclusive de fundo cultural, já vimos), herança de uma ordem econômica em conflito com aquela adotada pelas Constituições mais modernas, como a portuguesa de 1976, a espanhola de 1978, a brasileira de 1988, a colombiana de 1991, e a argentina de 1994 (emendada). O Estado Social dominou o material e esqueceu-se do instrumental, concedeu novos direitos, estabeleceu novas obrigações, mas não interviu no processo, determinando sua adaptação à

³⁹ A crise do acesso à justiça, no Estado Social, é, de fato, mais profunda do que a expressão sugere. Os sujeitos "a) não sabem que têm direitos; b) se eventualmente têm consciência de que os têm, todavia não têm condições de arcar com os custos de um litígio; c) e, em função de características cada vez mais acentuadas das sociedades moldadas pelo sistema capitalista, em grande número de hipóteses, muitos litígios acabam não sendo individualmente compensatórios, mesmo que o lesado tenha consciência dos seus direitos e teoricamente pudesse cogitar de arcar com os ônus de um litígio" (Arruda Alvim, Anotações... cit., p. 79).

⁴⁰ Não nos iludamos com uma aparente "crise" do *Welfare State*; não é crise definitiva, não é sentença de morte ao modelo; é mero estremecimento de acomodação, abalo provisório que leva ao reajuste e ao aperfeiçoamento daquilo que, indubitavelmente, caracteriza-se por ser uma das maiores conquistas da humanidade: o Estado, o mercado e, enfim, o Direito a serviço do homem e da supraindividualidade. Só uma minoria perversa prega, no deserto dir-se-ia, o fim do Estado Social, com o aniquilamento das garantias oferecidas à parte fraca. Até a proposta do "Estado mínimo" preserva o *Welfare State*, na medida em que prevê, na sua execução, o estabelecimento de uma "rede de segurança" (*safety net*), idéia popularizada nos EUA nos anos 80, significando programas sociais básicos (Cf. Lawrence M. Friedman, ob. cit., p. 98).

⁴¹ A. J. Duggan, "Consumer redress and the legal system", in Consumer Protection: Law and Theory, organizado por A. J. Duggan e L. W. Darvall, Sidney, The Law Book Company Limited, 1980, p. 200.

nova ordem política e econômica, ambas democrática e supraindividualmente dirigidas.

A reforma do regramento do mercado de consumo e do tratamento dado ao ambiente é a própria adaptação do capitalismo individualista às novas relações de produção, de consumo e de convivência social. Em última análise, visa-se - mesmo sem que nos apercebamos - purificar, proteger e redirecionar o sistema de livre iniciativa, mediante a instituição dei mecanismos de correção de desvios, garantindo um mercado transparente e justo, assim como o desenvolvimento sustentável. É nessa orientação singela que está a chave do resgate do processo civil.

Um outro ponto precisa aqui ser ressaltado. Como se sabe, básica no Estado Providência a idéia de equilíbrio entre fortes e fracos. Ora, um acesso à justiça viciado não apenas nega aos hipossuficientes a possibilidade de exercer seus direitos, até os mais simples, como, em acréscimo, gera o efeito perverso de contaminar a jurisprudência com a visão dos violadores, aqueles econômica e processualmente aparelhados para usar, com eficiência, o aparelho judicial.

Mesmo no modelo continental europeu, base de todo o Direito latino-americano, arredio à regra rígida do *precedente*, própria do *common law*, não se pode negar que a atividade judicial desempenha um papel fundamental na estruturação, reconhecimento e até mesmo criação de direitos e interesses legítimos.

Se o acesso à justiça se faz apenas pelos dotados de superioridade econômica, informativa ou tecnológica, as decisões judiciais tenderão a refletir a visão exclusiva de uma minoria de privilegiados, aqueles que têm acesso ao Poder Judiciário.⁴²

⁴² Eis a razão pela qual a "retórica dos direitos individuais" - tão cara ao modelo neo-liberal - não confere, necessariamente, maior legitimidade ao sistema jurídico se as condições de acesso à justiça aos seus titulares não são asseguradas de modo simétrico a todos (Cf. Norbert Reich, "The recognition of fundamental rights in the areas of consumer

Não supreende, pois, que a questão do acesso à justiça produza reflexos diretos ao conflito individual, mas, também, indiretamente, pelo caráter ideológico ou elitista da prestação jurisdicional, na sociedade como um todo. Filtrando litigantes e litígios, a estrutura de acesso à justiça interessa tanto à *micro-justiça* (o microcosmo do litigante isolado), como à *macro-justiça* (o macrocosmo da litigiosidade supraindividual).⁴³

O individualismo, com sua tônica no homem isolado e na presunção de igualdade, não só deu ensejo a ficções jurídicas as mais diversas - entre elas a da garantia "passiva" do acesso à justiça -, como também podou, disfarçada ou abertamente, a tutela da supraindividualidade.

O *laissez-faire* jurídico condenou os interesses e direitos metaindividuais a uma camisa-de-força injustificável, satisfazendo-se com o massacre de tudo que não fosse egoisticamente reduzido ou reduzível à pequenez do indivíduo. Mas que interesses e direitos supraindividuais são esses? E o que agora veremos.

5. Bens, interesses e direitos supraindividuais: Enfoque econômico e jurídico

Antes mesmo de passarmos uma vista d'olhos nas várias categorias de interesses e direitos⁴⁴ metaindividuais (ou supraindividuais ou pluriindividuais), é interessante notar que a supraindividualidade, normalmente, é analisada e juridicamente enfrentada por dois prismas

and environmental protection by the EC", in Cecelia Kye (ed.), *EU Environmental Law...* cit, p. 142).

⁴³ Conrad, *Macro-justice: a systematic approach to conflict resolution*, in 5 Georgia Law Review 415, 1971, apud A. J. Duggan, art. cit, p. 201.

⁴⁴ Nosso intuito não é, sequer remotamente, fazer uma incursão no âmbito das teorias do "interesse" e dos "direitos". Tanto aquele, como estes foram objeto de profunda renovação teórica, resultado de alterações sociais inegáveis e irresistíveis. Quanto aos "direitos" cabe apenas notar que, na teoria jurídica clássica, seu conceito "era sempre contrabalançado com o de obrigação; o direito de um homem correspondia à obrigação de um outro; teoricamente, então, a criação de direitos sempre implicava a formulação de obrigações novas. Mas *direitos e obrigações*, nos ordenamentos reais são assimetricamente distribuídas; a tendência, no Direito moderno, é impor obrigações aos governos e às grandes corporações. Os titulares de direitos são os indivíduos" (Lawrence M. Friedman, ob. cit., p. 193).

básicos: o material e o processual. Por aquele, a teoria dos *bens* está no centro das atenções. Por este, diversamente, são os *interesses* o ponto de partida para o estudo do tema.

Em adição, nos últimos tempos, a análise econômica vem auxiliando o Direito na compreensão do fenômeno, tanto na esfera substantiva, como no âmbito da processualística. Daí a possibilidade de falarmos numa "teoria econômica do acesso à justiça", agregada a uma "teoria jurídica do acesso à justiça".

5.1 Teoria econômica do acesso à justiça: A comunalidade de certos interesses como base da supraindividualidade⁴⁵

De acordo com uma visão própria da teoria econômica, *direitos e interesses comunais*⁴⁶ aparecem quando a qualquer cidadão é lícito utilizar determinados bens (também comunais) e ninguém - nem mesmo o Estado - tem poder para excluir a sua utilização por quem quer que seja.⁴⁷ Representam o correlato econômico do fenômeno jurídico da supraindividualidade jurídica.

Tomemos o ar que respiramos: todos fazem uso dele e a ninguém é permitido interferir com tal exercício.⁴⁸ Nos termos de tal teoria, só a utilização do recurso por um outro beneficiário é capaz de excluir os demais. Realmente, o ar que eu respiro não pode, ao mesmo tempo, ser utilizado por outro portador do *título*. Por conseguinte, enquanto individualmente aproveitado, o recurso, em verdade, não obstante

⁴⁵ Nessa matéria, cf. nosso estudo *Função ambiental*, in Antônio Herman V. Benjamin (coordenador), *Dano Ambiental: Prevenção, Reparação e Repressão*, S. Paulo, RT, 1993, pp. 9-82.

⁴⁶ Ou, na denominação de Richard H. Leftwich, "produtos e serviços de consumo coletivo" (*An Introduction to Economic Thinking*, Holt, Rinehart and Winston, Inc, New York, 1969, p. 447).

⁴⁷ A noção de direitos e interesses comunais, em técnica jurídica, aplica-se tanto aos interesses públicos, como àqueles ditos difusos e coletivos stricto sensu, estes últimos em menor escala; já que divisíveis, os interesses e direitos individuais homogêneos não se ajustam à classificação aqui proposta.

⁴⁸ Aliás, a interferência, por vezes, pode tipificar infração penal.

mantendo seu status de patrimônio de todos, como que se torna propriedade daquele beneficiário.⁴⁹

Os bens comunais regem-se por dois princípios básicos e correlatos: o *princípio da indivisibilidade dos benefícios* (a utilidade do bem não é divisível entre os que o utilizam, impossibilitando a sua apropriação com exclusividade) e o *princípio da não-exclusão dos beneficiários* (nenhum dos membros do grupo pode ser excluído de seus benefícios, a não ser que todos o sejam igualmente).

Este último princípio dá ensejo ao surgimento da figura do "carona" (*free rider*), alguém que, sem qualquer esforço pessoal, é beneficiado - reflexa e gratuitamente - por atividade alheia. Veja-se a hipótese de certas pessoas, todas morando às margens de um lago e que resolvem investir maciçamente na sua despoluição. No instante em que as águas cristalinas do lago estejam de volta, ninguém pode impedir que outros cidadãos (os moradores das ruas interiores) passem a ser beneficiados - reflexa e gratuitamente - pelo esforço daquele grupo de cidadãos operosos. A se negar o benefício a um cidadão apenas - provocando-se nova poluição, por exemplo - todos sofrem, concomitantemente, a mesma exclusão.⁵⁰

Como consequência dessa qualidade de "ser de todos e não ser de ninguém", o que se verifica na prática é que o cidadão tende a deixar

⁴⁹ Richard B. McKenzie & Gordon Tullock, *Modern Political Economy: an Introduction to Economics*, New York, McGraw-Hill Book Company, New York, 1978, pp. 84-86. Situação similar se dá com uma rodovia. Em princípio, todos podem usar cada centímetro de pavimentação. Contudo, no instante em que um beneficiário ocupa sua parcela do recurso, os outros automaticamente ficam impedidos (felizmente) de fazer igual e concomitante uso daquela porção ao mesmo tempo. Novamente, percebe-se que, no ato de utilização, o recurso, como que se torra propriedade do utente (Richard B. McKenzie & Gordon Tullock, ob. cit., pp. 84-86).

⁵⁰ Richard B. McKenzie & Gordon Tullock, ob. cit., p. 448. Assim também com um grupo de pescadores que decida construir um farol em um recife onde muitos dos seus barcos, ao se chocarem, são danificados. No instante em que o farol se encontre em operação, todos os pescadores da região passam a ser beneficiados pelo esforço do grupo construtor, não podendo nenhum deles ser excluído da utilidade do farol sem que, automaticamente, todos o sejam por igual (Richard H. Leftwich, ob. cit., p. 448).

que os "outros" (terceiros) busquem a tutela dos bens comunais, sempre que ameaçados ou danificados. Transformando-se eles, no instante de seu uso ou de sua violação localizada, em verdadeira "propriedade privada" do beneficiário-vítima, é natural que os outros titulares, embora também afetados por aquela violação específica, não se sintam imediatamente motivados a proteger o interesse comunal que, circunstancialmente - naquele momento apenas -, sofre um distúrbio que é maior em relação à vítima direta do que em relação ao conjunto global dos outros beneficiários.

Novamente utilizemos o exemplo do lago: enquanto a poluição estiver circunscrita a áreas limitadas, os beneficiários do bem não se sentirão atacados, até que necessitem utilizar, diretamente, as águas poluídas. A poluição, por este prisma - embora sendo uma ofensa ao bem de todos - é vista apenas como um problema particularizado daqueles que, ao tentarem fazer uso direto do recurso, vêm seu exercício prejudicado. Com isso, as violações se multiplicam e o bem, em certos casos, acaba por ser destruído ou inviabilizado.

Por conseguinte, os bens comunais (e a partir deles, os direitos e interesses difusos e coletivos), criam uma forte necessidade de "personificação" (= organização ou institucionalização), como forma de estimular a sua proteção. É por isso que a ordem jurídica, de uma hora para a outra, passa a enxergar o meio ambiente, certas situações do mercado de consumo,⁵¹ e outros valores supraindividuais como bens cuja titularidade - pelo menos para fins de seu resguardo - deve ser individualizada em alguém: o próprio Estado (União, Estados, Municípios, Ministério Público, Defensorias Públicas) ou um ente privado (associação ou cidadão isolado).

⁵¹ Como a segurança de produtos e serviços, a honestidade e não-abusividade da publicidade, a boa-fé na contratação.

Já vimos que a comunialidade de certos direitos e interesses provoca um certo descaso de seus titulares pela sua proteção. Mas, ao lado dessa razão de ordem objetiva, há uma outra de natureza subjetiva: o número de sujeitos titulares do bem comunal.

A dimensão do grupo titular do bem comunal é, reconhecidamente, um óbice ao acesso à justiça. Quanto mais extenso, numeroso e heterogêneo o universo dos tutelados, quanto mais fluido o bem-base, mais difícil sua proteção judicial pelas vias processuais tradicionais. Paradoxalmente, uma maior abrangência subjetiva leva a um enfraquecimento do compromisso dos sujeitos para com a tutela concreta dos bens comunais. Em outras palavras, o comportamento do infrator repercute mais fortemente num pequeno grupo agredido do que em um agrupamento mais amplo. Do mesmo modo, "uma pessoa tenderá, com maior probabilidade, a se comportar de acordo com o interesse de todos os membros de um grupo pequeno do que de um grupo grande. Em agrupamentos de dimensão muito grande, sem a utilização de mecanismos coativos, os membros deixarão a perseguição do interesse comum aos outros integrantes do ajuntamento".⁵²

5.2 Teoria jurídica do acesso à justiça: Categorias de interesses supraindividuais⁵³

Numa apreciação simplificada e moderna, podemos classificar os interesses e direitos ambientais e dos consumidores⁵⁴ em duas grandes categorias ou famílias: individuais e supraindividuais,⁵⁵ consoante vimos atrás.

No mundo dos fatos e da realidade do ordenamento, o quadro, no entanto, não é tão claro assim. Primeiro, porque o Direito Público utiliza

⁵² Richard B. McKenzie & Gordon Tullock, ob. cit., p. 93.

⁵³ Nesse tema, cf. o extraordinário estudo de Rodolfo de Camargo Mancuso, *Interesses Difusos. Conceito e Legitimação para Agir*, S. Paulo, RT, 1994.

⁵⁴ Jean Calais-Auloy, *Droit de la Consommation*, Paris, Dalloz, 1992, p. 351.

⁵⁵ Se adotássemos uma concepção estritamente clássica, falaríamos simplesmente em interesses e direitos *públicos* e *individuais*.

certas categorias também comuns ao Direito Privado (interesse público, p. ex.), só que de maneira diferenciada. Segundo, porque, no próprio universo iusprivado, novas categorias foram, gradativamente, por gênese interna ou por importação teórica, surgindo (interesses e direitos difusos, p. ex.), somando-se àquelas mais tradicionais, como interesse público, e com elas eventualmente se confundindo, pela sobreposição. Terceiro, porque modelos jurídicos distintos dão entendimento diversificado ao mesmo conceito, ou, então, fazem uso de expressões diversas para um mesmo fenômeno.⁵⁶ Quarto, porque, com o desenvolvimento da processualística, o processo civil deixou de ser um mero importador de categorias jurídicas fundamentais tratadas na Teoria Geral do Direito e no Direito substantivo, passando a adotar concepções próprias e, tomando a estrada no sentido inverso, exportando-as - como se deu com os interesses e direitos difusos - para as várias disciplinas materiais.

Como resposta à "inexistência de consenso doutrinário",⁵⁷ ao lado de uma terminologia "ambígua e imprecisa",⁵⁸ ou mesmo "equívoca",⁵⁹ o legislador brasileiro, pela via do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90),⁶⁰ resolveu conceituar interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, não o fazendo, no entanto, com o interesse público, que permanece refém dos humores da doutrina e da jurisprudência.

⁵⁶ Assim, p. ex., o sistema do common law, de uma maneira geral, desconhece a concepção de "interesses e direitos difusos".

⁵⁷ Kazuo Watanabe *et alii*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Rio, Forense Universitária, 1995, p. 494.

⁵⁸ Jorge Mosset Iturraspe e Ricardo Luis Lorenzetti, *Defensa Del Consumidor*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 1993, p. 394; Galeno Lacerda, demonstra toda sua insatisfação com a fragilidade dos conceitos: "não gosto desta expressão. Ela está consagrada na doutrina, está consagrada em vários textos, mas não me agrada, porque eu a acho muito vaga, muito vago esse adjetivo 'difuso'. Muito vago e inexpressivo" (Galeno Lacerda, "Ação Civil Pública", in *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, ed. especial, *Ação Civil Pública (Tutela dos Interesses Difusos)*, 1986, p. 13).

⁵⁹ Guido Alpa, *Diritto Privato dei Consumi*, Bologna, il Mulino, 1986, p. 367.

⁶⁰ Art. 81, parágrafo único.

Adotados pelo *ius positum*, esses conceitos e diferenciações ainda assim "encontram-se em pleno processo de desenvolvimento doutrinário",⁶¹ constituindo uma realidade inegável, mas nem por isso completamente resgatados do domínio da controvérsia e da imprecisão.

Ressalte-se, ainda, que, como melhor veremos adiante, é equivocado dizer-se que certas disciplinas são mais ou menos dotadas de difusidade (assim, afirma-se, o Direito Ambiental seria o reino por excelência dos interesses difusos, enquanto que o Direito do Consumidor regiria, majoritariamente, interesses individuais homogêneos). Não é o tema ou a filiação do conflito (de consumo ou ambiental, p. ex.) que orienta a configuração do interesse.

5.2.1 O interesse público

Não é necessário grande esforço para identificar-se, no âmbito do Direito Privado e do Direito Público,⁶² uma profunda crise afetando a categoria *interesse público*, idéia antiga e de gestação material, que, não raro, como já lembrado, confunde-se, na sua concepção mais corrente, com aquilo que denominamos *interesse geral e bem comum*.⁶³

Tem, como corretamente assinala Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, "por sujeito toda a coletividade, todo o grupo social", e,

⁶¹ Nelson Nery Junior *et alii*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Rio, Forense Universitária, 1995, p. 632.

⁶² O tema, ao certo, não é de Direito Privado ou de Direito Público, mas da Teoria Geral do Direito. Assume, nos dias de hoje, entretanto, importância primordial no Direito Público, particularmente no, Direito Administrativo, aparecendo "como o verdadeiro fundamento de todo esse ramo do direito" (Héctor Jorge Escola, *El Interés Público como Fundamento Del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 235).

⁶³ Ou até mais, de maneira amplíssima e tecnicamente imperfeita, utilizando-se o termo interesse público "para alcançar também os chamados interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, os interesses coletivos, os difusos, os transindividuais homogêneos" (Hugo Nigro Mazzilli, *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor e Outros Interesses Difusos e Coletivos*, S. Paulo, RT, 1994, p. 19). Essa amplitude, contudo, não prevalece no entendimento da doutrina tradicional. "Por interesse público deve entender-se aquele que afeta diretamente o bem comum, embora possa, reflexamente, beneficiar a pessoa privada" (Hélio Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, S. Paulo, RT, 1976, p. 283).

por objeto, "bens imateriais, incorpóreos", identificáveis "com os princípios, normas e valores essenciais para a vida social".⁶⁴ Naquele sentido (a coletividade como seu sujeito), "(é) o oposto do interesse particular que concerne apenas a determinado indivíduo".⁶⁵

A crise, no seu reino, é de estabilidade e exatidão⁶⁶ conceituais; com a convulsão teórica vem, por óbvio, o questionamento do conteúdo e utilidade efetiva do termo. Parte da responsabilidade por esse cataclismo pode ser atribuída ao fato de que, é sabido, tanto a teoria iusprivatista como a iuspublicista dividiam os interesses em individuais, numa ponta, e interesse público, no outro extremo; essa bifurcação estanque hoje está absolutamente afastada da realidade.

Por isso mesmo, vários autores, não mais apenas do *common law*, pregam, com uma certa dose de razão, que, hoje, não mais cabe falar em interesse público, de uma forma aberta e uniforme, mas em *múltiplos* interesses públicos;⁶⁷ a *heterogeneidade e multiplicidade*, não a *unicidade*, dão hoje sua configuração real. No singular, a expressão interesse público não passaria de uma *locutio brevis*, destinada a, pelo uso da generalidade, identificar o conjunto dos interesses públicos, ou, ainda, diante do caso concreto, apontar, dentre variegados interesses públicos, aquele que, por

⁶⁴ Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, "Interesse público, interesse difuso e defesa do consumidor", in *Justitia*, vol. 137, jan./mar., 1987, pp. 51 e 53.

⁶⁵ Hélio Tornaghi, ob. cit., p. 283.

⁶⁶ Mesmo na literatura clássica, reconhece-se que "impreciso é o conceito de interesse público" (Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, Rio, Forense, 1981, p. 380). Confirmando essa dificuldade em precisar-se exatamente o termo, "interesse público", em monografia especializada, é definido (ou, melhor, descrito) como "el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en el su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos" (Héctor Jorge Escola, ob. cit., p. 250).

⁶⁷ "In fact public interest litigation often involves two or more interest-groups or collectivities (often including government agencies) each of which claims to represent the interest of 'the community' as a whole" (The Law Reform Commission, *Standing in Public Interest Litigation*, Report 27, Canberra, Australian Government Publishing Service, 1985, p. 88).

se aplicar à hipótese, é o adotado pelo implementador.⁶⁸ A cidadela do interesse público vem abaixo com a fragmentação do bloco monolítico que, até bem recentemente, reconhecia-se como sendo de sua essência e fundamental à sua sustentação.⁶⁹ Naquela visão amplíssima, o interesse público seria uma abstração e, como tal, cairia no terreno das ficções, abominadas pelo Direito moderno.

Uma vez que estejamos atentos às observações críticas acima feitas, não creio que o interesse público, como categoria jurídica dotada de papel e conseqüências no ordenamento, precise ou deva ser abandonado; reformado e repensado, sim; descartado, não!

O interesse público, como singularidade conceitual, exigindo conflituosidade coletiva mínima, vê, de fato, seu campo de existência profundamente reduzido, no mundo atual de embates supraindividuais; limita-se àqueles setores de interesses e valores onde há uma inegável manifestação social homogênea a exigir seu reconhecimento e tutela; uma certa *unanimidade social* (= consenso coletivo) seria sua marca primeira e mais relevante.⁷⁰ Seu império, em estado de contração (convulsão?), abrange as garantias individuais e sociais fundamentais, a segurança pública, a moralidade administrativa, a qualidade de vida, a harmonia da família, o pleno emprego, a educação, a paz.

⁶⁸ Luís Filipe Colaço Antunes, *A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo: Para uma Legitimação Procedimental*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 36-37.

⁶⁹ "Público, naturalmente, não significa todos", pois o conteúdo do que seja público decorre da pressão daqueles que podem exercê-la. E, "(n)as sociedades modernas do Ocidente, significa, em princípio, a classe-média e aqueles acima dela, no sistema de estratificação" (Lawrence M. Friedman, ob. cit., p. 9).

⁷⁰ Em tal formulação, excluída está a possibilidade de interesse(s) público(s) que se configure(m) pela adoção puramente *majoritária* da comunidade ou "por uma *parte expressiva* de seus membros" (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, S. Paulo, Malheiros, 1990, p. 82, grifo nosso); advirta-se, entretanto, que a *unanimidade social* requerida é aquela que se dá no plano supraindividual, vale dizer, inexistem ou não são reconhecidas manifestações coletivas contra os valores e bens *in abstracto* identificados com o interesse público; tal não exclui, evidentemente, que, individualmente, manifestações de desconformidade - e até de revolta, inclusive judicialmente vindicadas - possam ocorrer.

É a unanimidade social, pois, que dá ao interesse público uma de suas mais marcantes características: a sua rejeição à idéia de *contra-princípios* ou *contra-interesses*, tão comuns no campo dos outros interesses tipicamente supraindividuais (difusos e coletivos *stricto sensu*). Não obstante interesses individuais ocasionalmente contrariados, o fato é que o interesse público não encontra rivais, em termos de supraindividualidade, seja porque o tema realmente une a coletividade, seja porque decorre de mandamento constitucional uníssono, seja tão-só porque aqueles que poderiam fazer-lhe oposição não têm liberdade (por vezes, a restrição vai ao ponto do sancionamento penal, como no caso da pregação de violência) ou disposição para externar seus pontos de vista ou, mais próximo do nosso tema, para defendê-los em juízo.⁷¹ Quem que se atreveria a pregar, abertamente e até pela via judicial, o analfabetismo (a educação é "direito de todos e dever do Estado e da família"),⁷² o desemprego (o trabalho, antes mesmo de ser "direito social",⁷³ é fundamento da República, como "valor social"),⁷⁴ a insegurança (a segurança vem caracterizada como "direito de todos"),⁷⁵ as enfermidades (a saúde também é "direito de todos e dever do Estado"),⁷⁶ a destruição da família e a tortura?⁷⁷

Nesse sentido moderno e *macro* que se pretende agregar ao tema e sem que isso signifique excluir a intervenção judicial,⁷⁸ pode-se dizer que o campo *ideal* de conformação, manifestação e implementação do interesse público é o universo das *políticas públicas*. Protegê-lo não

⁷¹ Nem mesmo aqui, a doutrina concorda. Certa corrente administrativista chega mesmo a pregar que basta, para caracterizar o interesse público, que seja ele "expressão de uma maioria", admitindo-se, inclusive, que interesses minoritários venham com ele colidir (Héctor Jorge Escola, ob. cit., p. 239).

⁷² CF, art. 205.

⁷³ CF, art. 6.º.

⁷⁴ CF, art. 1.º, inc. IV.

⁷⁵ CF, art. 5.º, *caput*.

⁷⁶ CF, art. 196.

⁷⁷ "Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante" (Constituição Federal, art. 5.º, inc. III).

⁷⁸ Tanto não se pode afastar a intervenção do Poder Judiciário que um dos fundamentos para a intervenção do Ministério Público no processo civil clássico é exatamente o interesse público (CPC, art. 82, inc. III).

depende, fatalmente, da organização de seus titulares, já que, presume-se, os formuladores de políticas públicas estão conscientes da sua importância; aliás, toda a atividade legislativa, administrativa e judicial orienta-se e legitima-se pela pregação da defesa do interesse público.

Em síntese, o interesse público, para que se lhe dê algum sentido no cotejo com os outros interesses supraindividuais, não pode ser uma simples realidade quantitativa, dependente do número de indivíduos (= condôminos sociais) que o partilham; ao revés, por pairar solitário, inconteste e sem costuras ou rachaduras no meio ambiente social, tem raízes mais profundas, que lhe conferem uma natureza jurídica diversa na família da metaindividualidade. Quem deixar de compreender essa sua faceta, não estará habilitado a distingui-lo, adequadamente, das outras categorias que lhe fazem sombra.⁷⁹

Diante disso tudo, saltam aos olhos as características qualificadoras do interesse público: no plano da subjetividade ativa, a) a *transindividualidade real* (= *essencial ou substancial*) *máxima*, isto é, a pluralidade de sujeitos-titulares chega ao ponto de confundir-se com a comunidade, e b) a *indeterminação* de seus sujeitos; na perspectiva da objetividade (= objeto tutelado), c) a *indivisibilidade* ampla (= *comunhão ou fruição indivisível*)⁸⁰ e d) a *indisponibilidade*; no campo relacional-jurídico, e) o *vínculo abstrato e remoto* a unir os sujeitos; no âmbito político, f) *relevância da unanimidade social*, e g) *organização desnecessária, impossível, impraticável ou difícil*.

5.2.2 O interesse difuso

⁷⁹ Em sentido diverso, alguns administrativistas vêm, como única diferença entre interesses individuais e interesse público, o dado quantitativo, sendo este "o resultado da somatória de um número majoritário de interesses individuais coincidentes" (Héctor Jorge Escola, ob. cit., p. 242); trata-se de conceito, equivocado, que no caldo da processualística moderna, muito pouco deferiria dos interesses individuais homogêneos.

⁸⁰ A expressão é de José Carlos Barbosa Moreira, "Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos", in *Temas de Direito Processual*, Terceira Série, S. Paulo, Saraiva, 1984, p. 195.

Concepção de origem essencialmente processual, mas hoje categoria unitária aplicável, praticamente, em todos os domínios do sistema jurídico,⁸¹ *interesses ou direitos difusos* são, de modo simplificado, aqueles que têm como titulares grandes parcelas de pessoas não representadas adequadamente por porta-vozes unívocos e individualizados; é nebulosa sua terminologia, que "se encontra submersa numa constelação de noções concorrentes".⁸²

Nos termos da legislação brasileira, são "os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato".⁸³

Na apreciação do interesse difuso resultam os seguintes traços: no plano da subjetividade ativa, a) a *transindividualidade real ou essencial ampla* e b) a *indeterminação* de seus sujeitos;⁸⁴ na perspectiva da objetividade, c) a *indivisibilidade ampla*⁸⁵ e d) a *indisponibilidade*;⁸⁶ no campo relacional-jurídico, e) o *vínculo meramente de fato* a unir os sujeitos;⁸⁷ no âmbito político, f) *ausência de unanimidade social*, dado fundamental para apartá-los do interesse público,⁸⁸ e g) *organização*

⁸¹ Luís Filipe Colaço Antunes, ob. cit., p. 209.

⁸² Luís Filipe Colaço Antunes, ob. cit., p. 29; autores há que chegam a identificar certas modalidades de interesses difusos com o interesse público, notadamente "os mais autênticos interesses difusos (o exemplo, por excelência, do meio ambiente)", cf. Hugo Nigro Mazzilli, *A Defesa...* cit., p. 19.

⁸³ Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), art. 81, I.

⁸⁴ "(A) *indeterminação* dos titulares seria a característica básica dos interesses difusos" (Nelson Nery Junior et alii, *Código Brasileiro...* cit., p. 632).

⁸⁵ Escreve Lúcia Valle Figueiredo, com a propriedade que lhe é peculiar, que "(a) indivisibilidade é a primeira característica do direito difuso. Pela própria natureza do direito questionado *a indivisibilidade há de ser sua tônica*" (*Direitos Difusos e Coletivos*, S. Paulo, RT, 1989, p. 15, grifo no original).

⁸⁶ Cf. Lúcia Valle Figueiredo, ob. cit., p. 16.

⁸⁷ Cf., em sentido assemelhado, Kazuo Watanabe *et alii*, *Código Brasileiro...* cit., p. 502.

⁸⁸ Fala-se, com certa dose de razão, que, na sua formulação mais corrente (mas, nem por isso, menos insatisfatória), o interesse difuso é "uma espécie do gênero interesse público", tendo "em comum o fato de ostentarem como sujeito toda a coletividade" e, em contraste, "a natureza dos bens que constituem seu objeto" (Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, *Art. cit.*, p. 52). Evidentemente, não podemos concordar com a relação gênero-espécie entre as duas categorias, pois, embora o reverso seja verdadeiro, o gênero não pode ter traços ausentes da espécie. Gênero, aqui, é *interesse supraindividual*, no qual

possível, mas sempre subotimal, traço este atribuível à característica fática (dispersão) da argamassa que une os sujeitos-titulares; por derradeiro, na esfera da reparação, *ressarcibilidade indireta* (os sujeitos individualmente não são aquinhoados com o *quantum debeatur*, que vai para um fundo).

Os interesses e direitos difusos não são um *ente anfíbio*, algo que está - pelo único critério da pluralidade de titulares - entre os congêneres público e individuais. Daí que parece ir longe demais, consoante o dado normativo brasileiro, igualá-los, como faz jurista pátrio de primeira grandeza, a "um feixe de interesses individuais, com pontos em comum";⁸⁹ ou, em sentido diametralmente oposto, jungi-los a "interesses públicos latentes, eventualmente fragmentados",⁹⁰ sendo a relação entre eles a de gênero e espécie. Em tal categoria, está em jogo ente modificado - numérica e essencialmente diverso, esclareça-se - da mera soma dos interesses individuais dos sujeitos envolvidos, algo que, por mutação genética, é "qualitativamente diverso",⁹¹ e que "não comporta decomposição num feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades singulares, embora análogas".⁹²

Enquanto no interesse público, como vimos, a organização dos sujeitos titulares é totalmente prescindível (pois seus pressupostos gozam de unanimidade social), no caso dos interesses ou direitos difusos, uma postura organizativa, embora essencial, é de difícil realização.

Em uma sociedade pluralista, como regra assume-se que todos os interesses legítimos podem ser organizados, facilitando-se, dessa maneira, o esforço de pressão em favor de ação governamental protetória. Mas, freqüentemente, numa perspectiva realista, observa-se, em certos

vamos localizar, cada qual com um perfil próximo, mas diferenciado, as categorias do interesse público, difuso, coletivo *stricto sensu* e individual homogêneo.

⁸⁹ Hugo Nigro Mazzilli, *A Defesa...* cit., p. 21.

⁹⁰ Luís Filipe Colaço Antunes, *ob, cit.*, p. 22.

⁹¹ José Carlos Barbosa Moreira, "Notas sobre o problema da "efetividade" do processo", in *Temas de Direito Processual*, Terceira Série, S. Paulo, Saraiva, 1984, p. 35.

⁹² José Carlos Barbosa Moreira, *Tutela jurisdicional...* cit, p. 195.

casos, uma disparidade entre a força, a dimensão ou a importância de algumas modalidades de interesses e os recursos (matérias e humanos) mobilizáveis em seu favor, no sentido de, pela pressão, lhes assegurar proteção e ampliação.

Fala-se, aí, em organização *sub-ótimal*, já referida, uma situação em que o "grupo de interesse" não consegue carrear recursos ou influência proporcionais e compatíveis com o número e fragilidade dos sujeitos que, em tese, seriam beneficiados pela atividade organizada e pela regulamentação que, pela superação da dispersão, busca-se alcançar. Aqui, então, uma das principais características dos interesses e direitos difusos.

5.2.3 O interesse coletivo "*stricto sensu*"

Uma vez organizados (através de associações, cooperativas, sindicatos, etc), os interesses e direitos passam a contar com porta-vozes formalmente estruturados. Referimo-nos, então, aos interesses e direitos dos membros do sindicato X ou da associação Y. Num tal contexto, diversamente do que se dá com os interesses e direitos difusos, a organização (real ou legal, esta pelas mãos do Ministério Público e entidades assemelhadas) produz uma relação jurídica a vincular os vários sujeitos envolvidos.

O vínculo organizativo ou o feixe de vínculos com a parte contrária (a relação jurídica-base) alteram mais do que a exteriorização dos interesses em questão: sua estrutura interna, a feição elementar dos interesses, também é modificada, pois o poder-de-fogo dos sujeitos agregados transforma-se e fortalece-se. Da agregação meramente fática ou temática (difusidade) chega-se à aglutinação jurígena, fundada numa relação jurídica-base.

São os interesses e direitos coletivos *stricto sensu*,⁹³ definidos pelo Direito brasileiro como "os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base".⁹⁴

O que os distingue dos interesses e direitos difusos "4. a determinabilidade das pessoas titulares, seja através da relação jurídica-base que as une (membros de uma associação de classe ou ainda acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, prestamistas de um mesmo sistema habitacional ou contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola etc.)".⁹⁵

Têm eles o seguinte perfil: a) *transindividualidade real ou essencial restrita* (limitada que está ao "grupo, categoria ou classe de pessoas"); b) *determinabilidade* dos sujeitos; c) *divisibilidade externa e indivisibilidade interna* (possibilidade de apartar aquilo que pertence aos membros do grupo, categoria ou classe e o que é domínio de sujeitos alheios; impossível tal exercício no contexto interior dos próprios sujeitos agregados); d) *disponibilidade coletiva e indisponibilidade individual* (ou seja, a associação, pode, em princípio, dispor dos interesses e direitos decorrentes do associativismo, enquanto que tal possibilidade é negada aos membros do grupo); e) *relação jurídica-base* a unir os sujeitos; f) *irrelevância da unanimidade social*; g) *organização-ótima viável*; e, h) *reparabilidade indireta*.

5.2.4 Os interesses individuais homogêneos

⁹³ *Stricto sensu* para diferenciá-los do gênero "interesse coletivo", expressão frouxa usada por vários autores para designar todos os interesses e direitos que não são estritamente individuais. Visando evitar confusão conceitual e de nomenclatura, prefiro, nesta última situação, o termo "interesses e direitos supraindividuais" (ou, ainda, "transindividuais").

⁹⁴ CDC, art. 81, II.

⁹⁵ Kazuo Watanabe *et alii*, ob. cit., p. 505; para alguns, "a *determinação* acusaria de coletivo o interesse", sendo, pois, sua nota principal (Nelson Nery Junior *et alii*, *Código Brasileiro... cit.*, p. 632, grifo no original).

Em outros casos, interesses e direitos tipicamente individuais - isto é, aqueles que atinam ao indivíduo, não contemplando situações jurídicas em que o sujeito "se encontra inserido, encartado em determinado contexto social"⁹⁶ - perdem sua condição atômica, na medida em que surjam como consequência de um mesmo fato ou ato.

São, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais,⁹⁷ enfim, por criação legal. São, por esse ângulo, *acidentalmente* supraindividuais. Falamos, então, em interesses e direitos individuais homogêneos, área em que, no sistema de *common law*, atua, preponderantemente, a *class action*.

Nos termos da legislação brasileira, são "os decorrentes de origem comum".⁹⁸

Os interesses e direitos individuais homogêneos assim se caracterizam: a) transindividualidade artificial (ou legal) e instrumental (ou pragmática); b) determinabilidade dos sujeitos; c) divisibilidade (os benefícios aceitam fruição individual); d) disponibilidade (quando a lei não determina o contrário); e) núcleo comum de questões de direito ou de fato a unir os sujeitos; f) irrelevância da unanimidade social; g) organização-ótima viável e recomendável; e, h) reparabilidade direta, com recomposição pessoal dos bens lesados (permitindo-se, excepcionalmente, a fluid recovery).

⁹⁶ Lúcia Valle Figueiredo, ob. cit., p. 7.

⁹⁷ "Os interesses, aqui, não são difusos ou coletivos, são individuais, classificados diferentemente, em face de sua tratativa de defesa judicial coletiva" (Luiz Renato Topan, *Ação Coletiva e Adequação da Tutela Jurisdicional*, Belo Horizonte, Del Rey, 1993, p. 28).

⁹⁸ Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), art. 81, III.

É bom lembrar que os interesses individuais homogêneos, não obstante estarem pragmaticamente ajuntados em forma molecular, nem

sempre conservam, por inteiro, sua natureza intrínseca de individualidade; o processo de aglutinação altera, aqui e ali, suas características essenciais.⁹⁹

6. Caracterização do interesse ambiental e do consumidor

Ao contrário do que sucede com certas categorias tradicionais de interesses e direitos, como os decorrentes de relações creditícias em geral, o meio ambiente e o consumo, aquele mais que este, dão origem, costumeiramente, ao lado de conflitos individuais, a litígios exclusiva ou preponderantemente supraindividuais. Não se pense, com isso, que os interesses do consumidor e do utente do meio ambiente sejam, em essência, idênticos. Ao revés, a situação jurídica substancial do consumidor é diversa da do usuário ambiental; isso, contudo, não impede que, no plano do acesso à justiça, "o módulo de defesa possa ser semelhante".¹⁰⁰

O meio ambiente, diz-se, é o interesse difuso por excelência. Realmente, a quem pertence o ar que respiramos, a biodiversidade, os ecossistemas protegidos, as belezas naturais, a sobrevivência das espécies? Anota Édís Milaré, atento ao plano substantivo do objeto tutelado, que o meio ambiente "é um bem público, de uso comum de todo povo. Não pertence ele a ninguém em particular, mas pertence a *todos*, toda a coletividade tem interesse em preservá-lo".¹⁰¹

Um tal raciocínio, contudo, não deve esquecer que o meio ambiente tem, ao lado da perspectiva difusa, repercussões coletivas *stricto sensu*, individuais homogêneas e mesmo exclusivamente individuais e

⁹⁹ Sobre os traços tipificadores do interesse individual, cf. a excelente Lúcia Valle Figueiredo, ob. cit., pp. 8-9.

¹⁰⁰ Luís Filipe Colaço Antunes, ob. cit, p. 41.

¹⁰¹ Édís Milaré, *A Ação Civil Pública na Nova Ordem...* cit, p. 27.

públicas.¹⁰² Assim, p. ex., uma atividade poluidora pode causar danos ao meio ambiente em geral (contaminação do ar, extinção de espécies, chuva ácida), ao meio ambiente do trabalho (afetando os trabalhadores da empresa emissora, todos filiados ao sindicato local) e a indivíduos particularizados (diminuição da produção leiteira ou degradação do patrimônio imobiliário dos vizinhos da fonte poluidora).

Para uma mesma ação (ou "fato ambiental"), várias modalidades de danos, cada uma delas a ensejar diverso dever de reparação.¹⁰³ Nessa linha, Mário Torres leciona que "é configurável, ao lado das lesões nas pessoas e nas coisas derivadas de lesões *no ambiente*, a lesão no ambiente, autonomamente considerada, como violação daquele direito subjetivo, a que corresponde uma específica responsabilidade, que é independente da que respeita aos danos provocados nas pessoas e nos bens".¹⁰⁴

Na área do consumo, o mesmo fenômeno é observável, com uma certa diminuição da difusidade, em algumas de suas esferas problemáticas, mas - ao contrário do que, por vezes, apressada e equivocadamente afirma-se¹⁰⁵ - não em todas as circunstâncias.¹⁰⁶ No

¹⁰² Eventualmente, "público" também o interesse ambiental porque, na lição inatacável de *Morello & Stiglitz*, pode-se, perfeitamente, falar em "interesse geral à salubridade do meio ambiente" (Augusto M. Morello e Gabriel Stiglitz, *Tutela Procesal...* cit., p. 92).

¹⁰³ Cf., na mesma linha, Nelson Nery Junior et alii, *Código Brasileiro...* cit., p. 630.

O *quantum debeatur* decorrente da reparação do dano difuso ou coletivo *stricto sensu*, ao contrário daquele oriundo do dano individual (homogêneo ou não), não pode ir para o bolso das vítimas. Deve ser integrado a um "fundo", pois o interesse, in casu, tem natureza indivisível, consoante já anotamos. No Brasil; tal "fundo", no âmbito federal, é gerenciado pelo "Conselho Federal Gestor |do Fundo de Defesa de Direitos Difusos - CFDD", órgão colegiado, integrante da estrutura do Ministério da Justiça, criado através da Lei 9.008/95. O Conselho conta com a participação de três membros de entidades civis (ONGs) que representem interesses ambientais, dos consumidores, dos portadores de deficiência, dos menores, do patrimônio histórico, artístico e paisagístico, da livre concorrência, e outros assemelhados.

¹⁰⁴ Mário Torres, "Ambiente - bem jurídico/legitimidade", in *Centro de Estudos Judiciários, Textos - Ambiente*, Lisboa, CEJ, 1994, p. 451, grifo nosso.

¹⁰⁵ Nelson Nery Junior, corretamente, assinala, com a firmeza teórica e técnica que é sua marca-registrada, que há verdadeiro "erro metodológico", quando a doutrina e a jurisprudência, pretendendo qualificar um direito como sendo difuso, coletivo ou individual, afirmam "que o direito ao meio ambiente é difuso, o do consumidor é coletivo e que o de indenização por prejuízos particulares seria individual" (Nelson Nery Junior,

plano mais amplo da teoria do Direito do Consumidor, pode-se dizer que o próprio conceito de consumidor é difuso, manifestando-se como uma qualidade subjetiva que pertence a todos, seja empregador, empregado, cidadão, fabricante, produtor, distribuidor, profissional, rico ou pobre.¹⁰⁷ O interesse do consumidor como tal não coincide, inevitavelmente, com o interesse do sujeito ou cidadão: este, realmente, como sempre pregado pelo processo tradicional, é titular de interesse individual, dele decorrendo prejuízo também individual, que, a sua vez, é cobrado por remédios individuais.¹⁰⁸

No plano da teoria processual, há interesses caracterizados por uma extremada difusidade, que, exemplificativamente, manifesta-se ora em função da exigência de padrões mínimos de qualidade para produtos e serviços (segurança, particularmente), ora em relação à veracidade das mensagens publicitárias.¹⁰⁹ Como já observado acima, característica importante desses direitos é pertencer, ao mesmo tempo, a todos os consumidores, não aceitando apropriação exclusiva por qualquer um deles em particular (o traço da indivisibilidade).

Ao lado da difusidade, certos interesses e direitos têm ocorrência localizada, quer em um consumidor individualizado, quer em um grupo de consumidores claramente identificável. Sua percepção já não é difusa, mas sim coletiva *stricto sensu* ou individual (homogênea ou não), embora, por vezes, decorra do mesmo "fato de consumo" que deu origem ao interesse difuso acima citado.

"Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor", in *Revista de Direito do Consumidor*, BRASILCON/RT, n. 1, jan./mar. 1992, p. 202).

¹⁰⁶ Autores chegam a declarar que "(o)s interesses econômicos e sociais dos consumidores são per se difusos, pois dizem respeito à maioria - se não a todas - as pessoas que vivem numa dada jurisdição" (Norbert Reich, *The recognition of fundamental rights... cit.*, p. 128).

¹⁰⁷ Thierry Bourgoignie, *Éléments... cit.*, p. 41.

¹⁰⁸ Augusto M. Morello e Gabriel Stiglitz, *Tutela Procesal... cit.*, p. 113.

¹⁰⁹ Cf. Kazuo Watanabe et alii, ob. cit., p. 502.

Conseqüentemente, um único fato de consumo, como, p. ex., a comercialização de um medicamento não testado adequadamente, pode ofender, simultaneamente, todas essas categorias de interesses. De uma parte, tem-se por atacado o interesse difuso de segurança dos produtos lançados no mercado. De outra, consumidores individuais, ou grupo deles, podem ter sido diretamente atingidos em sua segurança pessoal ou saúde. Esses ataques, tocando esferas distintas de uma mesma realidade, dão ensejo a indenizações material e formalmente apartadas, que, como sucede no meio ambiente, não podem, por isso mesmo, ter a mesma destinação.

Em síntese, nem tudo que é ambiental é exclusiva ou preponderantemente difuso, nem tudo que é relativo ao consumidor é única ou majoritariamente individual. Como acertada e pioneiramente lembram Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, "(o) que caracteriza um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual homogêneo é o tipo de pretensão deduzida em juízo. Um mesmo fato pode dar origem à pretensão difusa, coletiva e individual homogênea".¹¹⁰ À guisa de mais um exemplo, num outro contexto, vamos tomar várias hipóteses derivadas todas de um mesmo caldo jurídico, a contratação privada.¹¹¹ De um lado, estão os consumidores e, do outro, uma empresa de plano de saúde: se o consumidor-contratante ingressa em juízo buscando a repetição do indébito,¹¹² proveniente de reajuste indevido, presente um típico interesse individual; diversamente, se o Ministério Público (ou outro co-legitimado) propõe ação civil pública para expurgar dos contratos já firmados a mesma cláusula de reajuste que deu origem ao pleito anterior de repetição do indébito, há interesse individual homogêneo; além disso, se uma associação vai a juízo para defender seus associados, no caso de

¹¹⁰ Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*, S. Paulo, RT, 1994, p. 1.016.

¹¹¹ Em razão do princípio da autonomia privada (= autonomia da vontade), a contratação, como se sabe, é tradicionalmente vista como matéria tipicamente individual, restrita que está ao campo dos contratantes.

¹¹² CDC, art. 42, parágrafo único.

ter firmado convenção coletiva de consumo¹¹³ com o plano de saúde, o interesse é coletivo *stricto sensu*; finalmente, se a pretensão do legitimado for a proibição futura de inclusão da cláusula de reajuste taxada de abusiva, o interesse será difuso.¹¹⁴

Afirmar que a caracterização do interesse depende da modalidade de pretensão deduzida em juízo não equivale negar que tais interesses são, em essência, diversos. Apenas fica patente que para assumirem a vestimenta de uma ou de outra modalidade - com todas as repercussões daí decorrentes - dependem dos parâmetros da pretensão estabelecida. Cabe, então, ao próprio autor cortar a roupagem inicial do interesse, alargando-a ou estreitando-a, material e subjetivamente.

7. Consumidor, ambiente e acesso à justiça

Os vários estudos sobre a questão do acesso coletivo à justiça sempre põem em destaque dois tipos de conflitos que, melhor que nenhum outro, representam a massificação dos litígios: os conflitos ambientais e de consumo. Na lição oportuna de René Ariel Dotti, "o meio ambiente e o consumidor se transformaram em múltiplos objetivos materiais contra os quais a avidez do lucro, a indiferença para com os valores fundamentais do homem e da natureza e o desprezo para com as obras do espírito se lançaram de maneira contínua e asfixiante".¹¹⁵

Diretamente enlaçado à natureza supraindividual dos interesses e direitos ambientais e do consumidor está o problema do acesso à justiça. Nessas áreas, os sujeitos titulares, normalmente, como decorrência da

¹¹³ CDC, art. 107.

¹¹⁴ Quanto a este último caso, cf. Guido Alpa, ob. cit., p. 367.

¹¹⁵ René Ariel Dotti, "A atuação do Ministério Público na proteção dos interesses difusos", in *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, ed. especial, *Ação Civil Pública (Tutela dos Interesses Difusos)*, 1986, p. 70.

transindividualidade de seu interesse ou direito, entre outros fatores, não buscam a tutela formalmente assegurada.

Tanto no Direito Ambiental, como no Direito do Consumidor, a questão do acesso à justiça ocupa posição de destaque.¹¹⁶ Sob o mandamento de que "(o)s princípios individualísticos do século passado devem ser esquecidos, quando se trata de solucionar conflitos de meio ambiente e de consumo",¹¹⁷ numa e noutra disciplina jurídica o objetivo é sempre tríplice: a) definição, no âmbito do processo e do direito substantivo, de uma estrutura preventiva (e, bem mais recentemente, indo-se ao ponto da adoção do *princípio da precaução*); b) diminuição, quando não eliminação, das barreiras objetivas e subjetivas de acesso à justiça; e, c) relaxamento das regras de legitimação para agir, facilitando-se o acesso *coletivo* à justiça,¹¹⁸ transformando-se as pequenas injustiças pulverizadas em danos supraindividuais, com a conseqüente conscientização dos indivíduos de que, na posição de vítimas, sofrem como grupo ou conjunto e não como unidades isoladas¹¹⁹ e que qualquer possibilidade de mudança passa, inevitavelmente, como veremos, pela sua organização.

No âmbito do Direito do Consumidor, afirmamos em outro momento que a popularização do tema "tem ocorrido pari passu com o desenvolvimento da teoria dos interesses supraindividuais. Hoje, não se fala em tutela do consumidor sem que se mencione - até para ressaltar sua importância e complexidade - a metaindividualidade de seus interesses".¹²⁰ É por essa razão que os estatutos modernos de proteção do consumidor, como o CDC brasileiro, invariavelmente prevêm, agregado a profundas

¹¹⁶ O Direito do Consumidor, diz-se, "faz do acesso à justiça um componente essencial de suas intervenções e a condição mesma de eficácia de suas iniciativas" (Thierry Bourgoignie, *Éléments... cit.*, p. 192).

¹¹⁷ Nelson Nery Junior, "Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor", in *Revista de Direito do Consumidor*, BRASILCON/RT, n. 3, set./dez. 1992, p. 49.

¹¹⁸ Thierry Bourgoignie, *Éléments... cit.*, p. 143.

¹¹⁹ Iain D. C. Ramsay, *Consumer redress... cit.*, pp. 392 e 420.

¹²⁰ Antônio Herman V. Benjamin, "O Direito do Consumidor", in RT, vol. 670/91, p. 58.

modificações no terreno do Direito material, todo um regramento inovador para a questão do acesso à justiça. Como magistralmente ensinam Stiglitz & Stiglitz, "o mero reconhecimento dos direitos dos consumidores e de soluções substanciais do direito de fundo seriam por si inoperantes, se não viessem acompanhadas pela incorporação legal de mecanismos instrumentais de implementação que assegurem a aplicação concreta das normas de proteção".¹²¹ Não basta, em síntese, resguardar o consumidor mediante regras substantivas; sem a facilitação do exercício de seus direitos (= acesso à justiça), o arcabouço protetório material pode virar letra morta; esse casamento (direitos efetivos-implementação eficiente), verdadeiro objetivo do Direito, como o vemos e pregamos, está muito longe de ser alcançado ou assegurado pelo *ius positum* contemporâneo.¹²²

A análise do acesso à justiça para a proteção do ambiente e do consumidor desenvolve-se sob diferentes prismas, todos, de uma forma ou de outra, interdependentes. Estuda-se o papel dos tribunais e dos órgãos administrativos, assim como o afrouxamento das normas de legitimidade para agir, a extensão dos efeitos da coisa julgada, um *due process* apropriado à superação ou mitigação da condição de parte débil, a fragilidade econômica, tecnológica e psicológica do sujeito tutelado e os meios (alternativos para solução de conflitos ambientais e de consumo).¹²³

Ninguém duvida que disputas ou litígios supraindividuais exigem soluções igualmente supraindividuais.¹²⁴ O processo civil

¹²¹ Rubén S. Stiglitz e Gabriel A. Stiglitz, *Ley de Defensa del Consumidor*, in Gabriel Stiglitz (coordenador), *Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios (Danos - Contratos)*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1994, p. 53; no mesmo sentido, Atílio Aníbal Alterini, Roberto M. Lopez Cabana e Gabriel Stiglitz, *La proteccion del consumidor en el marco de un proyecto de ley*, in Atílio A. Alterini e Roberto M. Lopez Cabana, *Derecho...* cit. pp. 323-324.

¹²² Jean Calais-Auloy, ob. cit., pp. 20 e 351.

¹²³ Cf., no tema dos mecanismos alternativos ou desviantes, Antônio Herman V. Benjamin, Em busca do sim: o Ministério Público como mediador nos conflitos de consumo, in Luiz Amaral (coordenador), *Defesa do Consumidor: Textos Básicos*, Brasília, Ministério da Justiça - Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, 1988, pp. 214-234.

¹²⁴ Mauro Cappelletti e Bryant Garth, 'The protection of diffuse, fragmented and collective interests in civil litigation', in *Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmässige Ordnung*, Bielefeld, Giesecking-Verlag, 1983, p. 123.

tradicional, sem qualquer dúvida, por carecer de mecanismos coletivos eficientes, é inadequado para a tutela dos litígios ambientais e de consumo difusos, coletivos e individuais homogêneos. Mesmo os conflitos tipicamente individuais, por uma série de causas (entre as quais podemos incluir a morosidade e onerosidade do sistema judicial, o normalmente pequeno valor econômico do litígio e a desproporção de forças entre a vítima e o violador, conforme melhor veremos adiante), não encontram no processo civil ortodoxo o amparo que merecem.

8. O conflito ambiental e de consumo

Só se fala em acesso à justiça para o consumidor e o titular de valores ambientais quando seus interesses entram em conflito com interesses opostos dos fornecedores¹²⁵ e degradadores. De regra, num raciocínio extremamente superficial e simplista,¹²⁶ há um interesse preponderante do agente econômico na lucratividade de sua atividade e um outro, em oposição, de que é titular a sociedade como um todo, na qualidade de produtos e serviços, na boa-fé e transparência das relações de consumo, no resguardo do ambiente, na sustentabilidade do desenvolvimento (e também do consumo).

Num mundo ideal - que, infelizmente, ainda não é o nosso - esses interesses não são (ou deveriam ser) fatalmente opostos ou excludentes. Ao contrário, a satisfação do agente econômico e a realização das preocupações ambientais e do consumidor devem ser concomitantes e complementares.¹²⁷ Da falta de sintonia entre essa última e aquela nasce o

¹²⁵ Quando falamos em tutela processual do consumidor o que se tem em mente é a problemática de seu acesso à justiça como forma de solução para suas disputas com os fornecedores, denominadas *conflitos de consumo*.

¹²⁶ Sim, porque não se desconhece que os agentes econômicos, ao lado da preocupação lucrativa, trazem também outras que, em muitos pontos, somam-se ou até se confundem com aquelas dos consumidores e da manutenção de um ambiente equilibrado. O "mundo-cão" do mercado abriga, felizmente, iniciativas que vão além da simples perseguição do lucro.

¹²⁷ Voltaire de Lima Moraes, com escorreita percepção, mostra que "é perfeitamente possível a coexistência, numa sociedade civilizada e evoluída, dos interesses do consumidor de um lado, e, de outro, dos fornecedores" (Art. cit, p. 19).

conflito ambiental e de consumo. E com este surge a problemática do acesso à justiça para os sujeitos tutelados.

As relações ambientais e de consumo, assim como as relações de trabalho, são, pois, inevitavelmente, conflituosas, não apenas *individualmente* conflituosas, mas *socialmente* conflituosas, isto é, naturalmente contaminadas de macroconflituosidade;¹²⁸ daí a frequência com que os conflitos afloram.¹²⁹

Para bem entender o conflito ambiental e de consumo, seu regramento e, por fim, o acesso dos sujeitos tutelados à justiça, é de mister, de início, abandonar-se a clássica divisão entre Direito Público e Direito Privado. Esta visão corroída do Direito, como dois segmentos estanques, está na base da ineficiência e despreparo do processo civil tradicional em dar solução adequada aos conflitos supraindividuais.

Primeiro porque, como já insinuamos, há uma crescente categoria de interesses e direitos intermediários e mistos, que, desafiando a *magna divisio*, não podem ser capitulados quer como exclusivamente públicos, quer como unicamente privados.¹³⁰ Existe, entre as modalidades individuais e públicas, ortodoxamente reconhecidas, toda uma gama de interesses e direitos difusos, grupais, coletivos ou passíveis de coletivização.¹³¹

¹²⁸ O conflito ocorre fatalmente porque, no mercado, a relação consumidor-fornecedor e ambiente-degradador é naturalmente desequilibrada (Thierry Bourgignie, *Éléments...* cit., pp. 39-40); e onde há desequilíbrio há espaço para abuso, raiz do conflito.

¹²⁹ Jean Calais-Auloy, ob. cit., p. 351.

¹³⁰ Luiz Renato Topan, ob. cit., p. 75.

¹³¹ Os conflitos de consumo, como antagonismos de interesses, podem ser classificado|s de acordo com o tipo de interesse resistido. Teríamos, então, na perspectiva do Direito brasileiro, os conflitos individuais, os conflitos individuais homogêneos, os conflitos coletivos e os conflitos difusos; aqueles primeiros seriam protegidos "na forma comum, com a aplicação do sistema do Código de Processo Civil", em conjunto com as disposições especiais contidas no Código de Defesa do Consumidor (vedação da denúncia da lide, p. ex.) e da legislação do Juizado Especiais de Pequenas Causas (Kazuo Watanabe et alii, ob. cit., p. 500); as outras modalidades encontrariam amparo na Lei 7.347/85 e no CDC. No plano do interesse, a questão, simplificadamente, também encontra uma quádrupla conotação, com as várias categorias decorrentes e dependentes do funcionamento do aparelho de produção. A distinção que se faz entre esses interesses não é meramente

Segundo porque, agora no plano da implementação, nem sempre o Estado, garantidor por excelência do interesse público (entenda-se, supraindividualidade), está aparelhado - assumindo que há uma vontade política nesta direção - para atuar em sua defesa. De outro lado, nem sempre o particular é o melhor indicado para tutelar um interesse tradicionalmente considerado como individual. A verdade é que a vida do homem moderno não permite a partição dos valores que orientam sua existência em dois blocos perfeitamente distintos.

No Direito Ambiental, esta fusão do público e do privado é mais ou menos clara. Vejamos, então, como ela se dá na esfera do consumidor.

Embora a relação de consumo seja, normal e fundamentalmente, negociada e privatista, o Direito do Consumidor tende a publicizar certos elementos e requisitos do negócio de consumo, retirando-os, portanto, do âmbito da barganha (= negociação) entre os agentes envolvidos. Como regra, numa visão bipartida do Direito, pouco importaria ao Estado se o indivíduo, titular de direitos decorrentes de um contrato, p. ex., os exerce ou não judicialmente. O sistema jurídico tradicional, embora até reconhecendo que o acesso à justiça era um direito, deixava de exigir do Estado um esforço *afirmativo* (*affirmative action*) no sentido de garanti-

acadêmica, trazendo, de fato, implicações impor tantes na escolha dos mecanismos colocados à disposição do consumidor para solução de seus litígios com o fornecedor. Como já tivemos oportunidade de referir, o primeiro tipo de interesse - o de mais simples percepção - caracteriza-se pela sua encarnação em um consumidor individual. São os interesses e direitos individualizados. É o consumidor que adquiriu um eletrodoméstico que não funciona, é um outro que está insatisfeito com a qualidade do serviço de reparo em seu automóvel. Também assinalamos que, no extremo oposto dos interesses individuais, há um segundo grupo de interesses caracterizados pela sua extrema difusidade, manifestando-se, por exemplo, ora em função de um interesse geral em um padrão mínimo de qualidade para os produtos e serviços, ora em relação à veracidade e não-abusividade das mensagens publicitárias veiculadas (Cf. José Geraldo Brito Filomeno, *Manual de Direitos do Consumidor*, S. Paulo, Atlas, 1991, p. 194). São direitos e interesses *difusos*. A característica destes direitos é pertencer, ao mesmo tempo, a todos os consumidores em geral e a nenhum em particular. Entre os interesses individuais e os difusos há categorias intermediárias de interesses, localizadas em um grupo mais ou menos amplo de consumidores, sendo que seus titulares estão identificados ou são identificáveis. Sua percepção já não é difusa, nem puramente individual, mas sim coletiva *stricto sensu* ou individual homogênea.

lo. Aliviar a "miséria jurídica", isto é, a incapacidade dos sujeitos para tutelar seus próprios direitos, não era missão ou mesmo preocupação do Estado. No ambiente do *laissez faire*, a justiça, como qualquer outro bem, estava à disposição apenas daqueles que tinham condições de cobrir seus custos. Aqueles que não tivessem tal capacidade eram considerados os únicos responsáveis pela sua sorte, pela sua inabilidade para exercitar, em juízo, os direitos que a ordem jurídica, formalmente, lhe conferira.¹³²

É exatamente contra esta concepção que se revolta o Direito do Consumidor, ampliando, assim, o leque de opções, materiais e processuais, para; o exercício de interesses e direitos. O Estado, ao contrário do que reza a cartilha individualista, *pode e deve* atuar no sentido de facilitar ao consumidor o exercício de suas prerrogativas jurídicas, transformando a igualdade formal das partes em igualdade real; assim é pela compreensão de que "(a) saga do consumidor é outro capítulo da *via crucis* percorrida pelo homem cotidiano".¹³³ Assim como o Estado, no terreno do Direito Penal, tem a responsabilidade de assegurar que o crime não fique sem resposta, no Direito do Consumidor também é seu dever tornar possível - até mesmo substituindo com seu atuar a inação das vítimas - que o conflito de consumo seja apreciado e solucionado.

A proteção do meio ambiente e do consumidor tem, nos dias de hoje, assento nas Constituições de filiação ao modelo do *Welfare State*, aparecendo, não raro, como direitos verdadeiramente fundamentais, individuais ou sociais, como já vimos. A constitucionalização desses temas explica, em parte, a modificação radical do papel do Estado perante as violações que contra eles se praticam. Segundo Sálvio de Figueiredo

¹³² Thierry Bourgoignie, *Éléments...* cit., p. 86.

¹³³ René Ariel Dotti, *Art. cit.*, p. 75.

Teixeira, tais direitos fundamentais, "ao contrário dos direitos fundamentais clássicos, exigem a atuação do Estado, proibindo-lhe a omissão".¹³⁴

Esse o entendimento que melhor responde aos anseios daqueles que vêem o Direito como um instrumento de modificação do comportamento social. Tal impõe, evidentemente, alterações profundas não só no sistema material vigente (com uma certa publicização ou desprivatização de direitos), mas, por igual, no circuito processual (com a facilitação do acesso à justiça). Referindo-se ao dado processualístico, já se disse, com absoluta propriedade, que "(o) problema da proteção dos interesses difusos não é apenas um mal funcionamento do processo civil; ele traz em questão a estrutura básica do processo civil como nós o temos conhecido por mais de um século".¹³⁵ Trata-se, em resumo, de mudar, em essência, a estatuição de direitos e o seu instrumental, o Direito material e o processo.

9. Fatores impeditivos do acesso à justiça em matéria ambiental e de consumo

Teoricamente, aquele que se sente lesado em seus direitos pode, via prestação jurisdicional, buscar protegê-los. Haveria sempre um juiz à disposição do lesado para lhe conferir justiça. Essa liberdade - usar ou esquecer a tutela judicial - é, em realidade, ilusória: uma garantia de cunho estritamente formal, aliás como tudo no modelo jurídico do liberalismo individualista, obstruída ou simplesmente eliminada por uma série de obstáculos, uns antigos, outros nem tanto.

O acesso à justiça, ninguém nega, é, mesmo no nosso Brasil da ação civil pública e dos juizados de pequenas causas, um privilégio e, como tal, benefício da minoria. "Se dermos com os olhos na realidade, fatalmente iremos admitir que o acesso à justiça, ainda hoje, apresenta-se

¹³⁴ Sálvio de Figueiredo Teixeira, *O aprimoramento do processo civil como garantia da cidadania*, in Sálvio de Figueiredo Teixeira (coordenador), *As Garantias do Cidadão na Justiça*, S. Paulo, Saraiva, 1993, p. 91.

¹³⁵ Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *The protection... cit.*, p. 126.

perturbadoramente elitizado. Para tanto contribuem não só o custo dos serviços forenses e o anacronismo, muitas vezes retórico, do processo, como também - e talvez até mais do que isso - os tabus e os dogmas que cercam a Justiça, entre os quais se incluem a sacralidade da forma, o culto da bacharelise e a intangibilidade dos juizes e demais agentes que concorrem no processo de prestação jurisdicional. A Justiça, em síntese, assusta e está ainda distanciada do cidadão comum".¹³⁶

Dois fatores principais têm sido apontados pela doutrina como impeditivos do acesso à justiça, ao consumidor e aos titulares de interesses e direitos ambientais: a) *barreiras objetivas* (também chamadas de práticas ou econômicas) e b) *barreiras subjetivas* (denominadas, por igual, psicológicas ou culturais). Vistas de longe, podem ser resumidas, nas palavras do festejado Lawrence M. Friedman, em "barreiras de custo e cultura".¹³⁷

As *barreiras objetivas* relacionam-se, basicamente, com os custos inerentes ao processo, o valor muitas vezes ínfimo (quando apreciado isoladamente) do dano ambiental ou de consumo,¹³⁸ a distância entre o órgão de tutela (seja judicial ou administrativo) e o local de residência do sujeito tutelado, a disponibilidade de tempo deste, a lentidão da justiça, enfim, os riscos do processo, enfim.¹³⁹

Já as *barreiras subjetivas* dizem respeito aos óbices psicológicos inerentes à posição de inferioridade do sujeito tutelado perante o todo poderoso fornecedor ou degradador (desigualdade econômica,

¹³⁶ José Galvani Alberton, *O projeto catarinense de defesa do consumidor*, in Luiz Amaral (coordenador), *Defesa do Consumidor: Textos Básicos*, Brasília, Ministério da Justiça - Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, 1988, pp. 219-220.

¹³⁷ Lawrence M. Friedman, ob. cit., p. 21.

¹³⁸ "O prejuízo resultante do comportamento ilícito pode ser tal que, p. ex., afeta, ao mesmo tempo, um grande número de pessoas, mas, no que concerne a cada indivíduo isoladamente, é tão irrisório, ao ponto de não valer a pena buscar sua proteção" (Hein Kötz, *La protection en justice des interets collectifs. Tableau de droit compare*, in Mauro Cappelletti, *Accès a la Justice et État-Providcnce*, Paris, Economica, 1984, p. 95).

¹³⁹ Sobre o "risco processual", cf. Guido Alpa, ob. cit., p. 361.

informativa ou tecnológica); nessa categoria também se inclui o desconhecimento da lei e dos direitos dela decorrentes, sem falar da ignorância acerca do próprio juízo competente; agregue-se a isso o esoterismo da linguagem processual-forense, o formalismo do tratamento pessoal, o caráter solene da prestação jurisdicional, tudo contribuindo para o aviltamento psicológico do autor-potencial.

Entre as *barreiras objetivas*, a onerosidade do processo judicial é o obstáculo mais visível na realização da prestação jurisdicional em matéria ambiental e de consumo.¹⁴⁰ "O propósito de facilitar o acesso à justiça suscita, antes de mais nada, a inevitável preocupação com o alto custo dos serviços judiciários e a procura de métodos para eliminar ou atenuar o óbice que ele ergue ao comparecimento a juízo de pessoas economicamente mais fracas".¹⁴¹

Os desembolsos normalmente exigíveis do autor são de duas ordens: primeiro, há os diretamente decorrentes do processo, como honorários advocatícios, despesas processuais e periciais; segundo, existem os sacrifícios indiretos, como perda de dias de trabalho, despesas com transporte pessoal e de testemunhas, desgaste emocional, etc.

Os altos custos do processo impedem especialmente o sujeito pobre de buscar uma solução judicial para o conflito ambiental ou de consumo. Todavia, mesmo o tutelado rico, em face da desproporção econômica (e também o comodismo advindo com a sensação de que seu esforço não o beneficia com exclusividade, já que os bens são, freqüentemente, comunais) entre o valor do interesse em disputa e a onerosidade do processo, normalmente não se vale do amparo judicial.

¹⁴⁰ Nos EUA, p. ex., a dependência entre tutela jurisdicional e poder econômico é bem demonstrada pela pergunta que os professores de Direito fazem, em tom de brincadeira, a seus alunos: "How much justice can your client afford?", ou, em português, "quanto de justiça pode seu cliente bancar?"

¹⁴¹ José Carlos Barbosa Moreira, "Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil", in *Temas de Direito Processual*, Terceira Série, S. Paulo, Saraiva 1984, p. 7.

Seria mesmo infantil pretender que o consumidor, p. ex., titular de um pequeno (ou mesmo grande) interesse econômico, adentre ao aparelho judicial quando os custos para tal sejam maiores que o valor do seu litígio individualmente considerado. Não resta dúvida que o fator-custo cria, dentro da estrutura judicial, uma discriminação inadmissível, favorecendo as grandes causas, aquelas outras em que as chances de vitória são altas ou, então, as que têm um forte apelo individual.

A importância econômica de um dado conflito é sempre proporcional à situação econômica do titular do interesse em questão. Uma causa cujo valor seja US\$ 10 pode representar muito para um consumidor e ser irrisória para um outro. Por outro lado, enfatizar os litígios em que o desfecho final é mais previsível significa, em última análise, retirar do Judiciário exatamente aquele grupo de conflitos em que seu poder criativo e apaziguador poderia melhor ser exercido.¹⁴²

É lamentável constatar que a desigualdade existente entre o consumidor e o titular de direitos ambientais, de um lado, e os agentes econômicos, do outro, não se manifesta apenas no jogo bruto do mercado. Infelizmente, essa disparidade de poder e de meios é tão ou mais visível dentro do próprio aparelho judicial.

Como regra, enquanto o consumidor desconhece as peculiaridades do sistema judicial, o agente econômico, em consequência da conflituosidade corriqueira do processo produtivo capitalista, não é nenhum noviço nas salas dos tribunais: é o *repeat player*, já o consumidor ou titular de direitos ambientais é o *one shotter*.¹⁴³ Além disso, o fornecedor ou grande degradador ambiental é, freqüentemente, uma pessoa jurídica, com recursos financeiros e jurídicos enormemente superiores aos de suas vítimas.¹⁴⁴

¹⁴² A. J. Duggan, *art. cit.*, p. 202.

¹⁴³ Iain D. C. Ramsay, *Consumer redress... cit.*, p. 409.

¹⁴⁴ A. J. Duggan, *art. cit.*, p. 202.

De outra parte, o agente econômico, possuindo vínculos com todo um universo de consumidores ou titulares de direitos ambientais em situação igual ou assemelhada ao litigante, tem a oportunidade de pulverizar os custos do litígio; pela mesma razão, pode contratar advogados especialistas e perícia qualificada. Tal acontece porque ao passo que a relação ambiental e de consumo (com seus conflitos correlatos), pela ótica do agente econômico, é uma *relação de massa*, normal e inerente ao processo produtivo (= risco do negócio), na visão estreita e patrimonial do consumidor e do titular de direitos ambientais ela é *única, individual e excepcional*, entendida qualquer desconformidade ou fratura como "acidente de percurso"; falta, pois, aos protegidos a clara percepção de que seu conflito nada mais é que um fragmento de uma conflituosidade mais ampla, supraindividual.

A insignificância econômica do litígio também funciona em favor do infrator da norma ambiental ou de consumo. A compreensão do valor *global* dos pequenos litígios assemelhados - inteiramente além da capacidade de assimilação do sujeito vulnerável - faz com que o violador, por um raciocínio lógico, não hesite em litigar quando, eventualmente, um consumidor mais aguerrido, p. ex., decide buscar, judicialmente, tutela de seu interesse. Em tais casos, o que realmente deseja o fornecedor é simplesmente criar um *incentivo negativo suplementar* para aqueles outros milhares de consumidores em igual posição do litigante. A rigor, o valor individual daquele litígio lhe é indiferente. Sua preocupação maior reside na agregação de todos os interesses iguais ou similares.

Por esse mesmo prisma, explica-se, também, a disponibilidade do infrator para, muitas vezes, através de acordos, judiciais ou não, estancar um litígio que, pelo seu desfecho final, seja, eventualmente, capaz de influir positivamente no ânimo das outras vítimas, estimulando-as, com uma primeira vitória, mesmo que de terceiro, a fazer valer seus direitos;¹⁴⁵

¹⁴⁵ A. J. Duggan, art. cit., p. 203.

estancar, na origem, o *efeito multiplicador* de uma decisão favorável ao lesado lhe é vital.

Todas estas discrepâncias funcionam sempre em favor do mais forte. Este pode, com sucesso, explorar a *passividade, complexidade e morosidade* (e todo o arsenal de mecanismos protelatórios, inclusive aqueles legítimos, como os de cunho recursal)¹⁴⁶ do sistema judicial, ampliando as desigualdades materiais, em seu proveito. Em verdade, o litigante forte, podendo "resistir com menor sacrifício aos inconvenientes da longa duração dos pleitos",¹⁴⁷ tem todo o tempo do mundo! O lapso temporal é seu grande aliado.¹⁴⁸

As barreiras subjetivos são menos visíveis, exatamente porque operam no plano psicológico, de difícil perscrutação e avaliação empírica. A mais notável delas, sem dúvida, é o desconhecimento do consumidor e do cidadão ambiental de seus direitos. Para que serve, p. ex., o prazo legal de reflexão na venda à domicílio (*cooling off period*), constante de várias legislações modernas, se o consumidor não está a par de sua existência? Qual o sentido da exigência de elaboração de "Estudo de Impacto Ambiental", em obras que afetem significativamente o meio ambiente, se o cidadão desconhece tal requisito e a oportunidade que o procedimento lhe abre para participar diretamente da formação da decisão administrativa?

¹⁴⁶ A excessiva lentidão processual tem várias causas, a última delas sendo exatamente a garantia, pela segurança de um processo detalhado, dos interesses das partes. A "enfermidade" é atribuída a "falhas da organização judiciária, deficiências na formação profissional de juizes e advogados, precariedade das condições sob as quais se realiza a atividade judicial na maior parte do país, uso arraigado de métodos de trabalho obsoletos e irracionais, escasso aproveitamento de recursos tecnológicos" (José Carlos Barbosa Moreira, *Notas... cit.*, p. 31); cf., ainda, no tema da morosidade, Sálvio de Figueiredo Teixeira, *O aprimoramento... cit.*, pp. 89 e ss..

¹⁴⁷ José Carlos Barbosa Moreira, *A função social... cit.*, p. 43.

¹⁴⁸ Não estranha, então, que, no Canadá, os processos iniciados por indivíduos representem apenas 5% de toda a pauta judicial (cf. Iain D. C. Ramsay, *Consumer redress... cit.*, p. 409).

Não é necessário lembrar que um direito desconhecido de seu titular é tão inútil quanto um direito de difícil ou impossível proteção judicial.¹⁴⁹

Além da ignorância da lei, são igualmente barreiras pessoais a desconfiança com que os titulares desses novos direitos enxergam os operadores jurídicos e o sistema judicial como um todo; o receio de deixar transparecer seu desconhecimento e fragilidade perante profissionais inseridos num meio ambiente que enxergam como hostil; um certo sentimento de inferioridade causado pela sua incapacidade de solucionar seus próprios conflitos sem auxílio de terceiros; inaptidão para acompanhar e entender procedimentos complicados; dificuldades de compreensão da linguagem forense, assim como para, em muitos casos, se vestir e se comportar de acordo com padrões que não fazem parte de seu cotidiano e que, geralmente, estão geograficamente distantes de sua realidade pessoal.

O Judiciário, em tais condições de fragilidade psicológica, é uma porta em que os sujeitos tutelados na relação ambiental e de consumo dificilmente se arriscam a bater e, quando o fazem, são tantos os obstáculos a enfrentar que uma solução de compromisso, por mais injusta que seja, é sempre preferível ao exaurimento normal (pela plena utilização) da via processual. Não é raro ouvir-se o infrator ambiental ou de consumo dizer à sua vítima indefesa, a título de recomendação irônica: "procure seus direitos na Justiça". Melhor prova de falência total do sistema normativo tradicional que esta?

10. Meios internos de facilitação do acesso à justiça para os conflitos ambientais e de consumo

Em sede doutrinária, ninguém questiona que, no âmbito do modelo processual tradicional, os conflitos ambientais e de consumo não têm acesso adequado ao aparelho judicial. De uma maneira geral, o Poder Judiciário, na sua concepção liberal-individualista, apresenta-se inundado -

¹⁴⁹ A. J. Duggan, art. cit., p. 204.

tomado mesmo - com litígios trazidos à sua esfera por certas categorias de sujeitos, como os credores, os locadores, os vendedores, os entes familiares, etc.

Aí está uma das razões que levam os titulares de interesses e direitos ambientais e de consumo a desconfiar do Direito e do sistema judicial, enxergando-os como instrumentos de opressão, de injustiça¹⁵⁰ e de ineficiência. No caso específico dos conflitos de consumo, embora as dificuldades de acesso à justiça sejam universais, atingindo todas as camadas sociais, são os consumidores pobres, porque os mais impotentes, os que apresentam maior rejeição ao sistema de prestação de justiça vigente.

Existem dois métodos básicos de facilitação do acesso à justiça para os conflitos ambientais e de consumo.¹⁵¹ Um, que podemos denominar interno, visa remover os impedimentos processuais ou quase-processuais a uma prestação jurisdicional eficiente nessas áreas.

Outro, que podemos chamar externo, propõe-se a resolver a problemática do acesso à justiça através de mecanismos alternativos ou complementares ao processo judicial tradicional. Os instrumentos desse tipo desviam-se do processo tradicional, funcionando fora de sua estrutura básica. Daí serem qualificados de externos, já que não se limitam a simplesmente modificar as normas de procedimento ou afrouxar as regras de legitimidade e coisa julgada. A rigor, manifestam-se como verdadeiras soluções alheias ao modelo judicial clássico.¹⁵² No espaço limitado do nosso

¹⁵⁰ Thomas L. Eovaldi e Joan E. Gestrin, art. cit., p. 282.

¹⁵¹ A. J. Duggan, art. cit., p. 204.

¹⁵² Os principais mecanismos externos são os seguintes: a) *negociação coletiva*, exercitada por uma associação ambiental ou de consumidores em nome dos seus membros, havendo, aí, rigorosamente, uma atitude partisan entre os intervenientes; b) *mediação administrativa*, a cargo de certos órgãos especializados da administração pública, como as agências de defesa do consumidor (casos individuais e coletivos) e o Ministério Público (casos coletivos); c) *vindicação administrativa*, com o funcionamento de certos órgãos da Administração Pública dotados de poder decisório, como é o caso do 'Tribunal de Mercado' (*Market Court*), originário da Suécia, mas que, com o passar dos anos, foi adotado por

estudo, cuidaremos somente dos meios internos de facilitação de acesso à justiça e, entre eles, de apenas dois: a ação civil pública brasileira e a *class action* americana.

11. Modalidades de mecanismos internos de facilitação do acesso à justiça

Vários são os tipos de mecanismos internos de acesso à justiça.¹⁵³ Destacam-se, pela sua complexidade e eficácia, as chamadas *ações supraindividuais* (*group action* ou *action collective*), tais como a *class action* e a *substituted action* do sistema anglo-saxônico, as *citizen suits*, do Direito norte-americano¹⁵⁴ e, no Brasil, a *ação civil pública*¹⁵⁵, a *ação popular* e o *mandado de segurança coletivo*;¹⁵⁶ todas essas modalidades de ação implicam, de uma forma ou de outra, em modificação acentuada da estrutura do processo civil individualista.¹⁵⁷

A família das "ações supraindividuais" é ampla e profundamente heterogênea. Sofrendo variações de País a País, essas ações têm em

outros países, escandinavos ou não (p. ex., em 1978, o Estado de Victoria, na Austrália, o instituiu através do "Market Court Act").

¹⁵³

¹⁵⁴ Sobre *citizen suits*, cf. Jeffrey G. Miller, *Citizen Suits: Private Enforcement of federal Pollution Control Laws*, Washington, Environmental Law Institute, 1987; Michael D. Axline, *Environmental Citizen Suits*, Salem, Butterworth Legal Publishers, 1993; Adam Babich, *RCRA imminent hazard authority: a powerful tool for business, governments, and citizen enforcers*, 24 Environmental Law Reporter 10122 (1994);, Is RCRA enforceable by citizen suit in States with authorized hazardous waste programs?, 23 Environmental Law Reporter 10536 (1993);_____, *Enforcing the community's right to know about chemical hazards*, 4 National Environmental Enforcement Journal 3 (July 1989); Adam Babich and Kent E. Hanson, *Opportunities for environmental enforcement and cost recovery by local governments and citizen organizations*, 18 Environmental Law Reporter 10165 (1988); Roisman, *The role of the citizen in enforcing environmental laws* 16 Environmental Law Reporter 10163 (July 1986); Fadil, *Citizen suits against polluters: picking up the pace*, 9 Harvard Environmental Law Review 23 (1985).

¹⁵⁵ Enxergada pela melhor doutrina como "(o) típico e mais importante meio processual de defesa ambiental" (José Afonso da Silva, *Direito Ambiental Constitucional*, S. Paulo, Malheiros, 1994, p. 221).

¹⁵⁶ Embora, conforme aponta a excelente doutrina de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, como "espécie" de ação civil pública, no mandado de segurança coletivo "(o) que é coletiva é a legitimação para agir... e não o direito que ele visa proteger. Presta-se ele à proteção de direitos individuais, difusos ou coletivos, que podem ser defendidos coletivamente em juízo. Trata-se de nova forma de legitimação para a causa" (*Código de Processo... cit.*, p. 1017).

¹⁵⁷ *Group Action and the Consumer Interest: ECLG Report*, adopted in November 1981, in *European Consumer Law Group: Reports and Opinions* (September 1977 - March 1984), Louvain-la-Neuve, Cabay-Bruylant, 1984, p. 248.

comum fundamentalmente a proteção de interesses amplos da sociedade ou, então, de grupos, categorias ou classes de sujeitos. Em outras palavras, opõem-se à família das ações estritamente individuais.

As modificações e combinações são múltiplas, com cada ordenamento jurídico ajustando tais ações à sua realidade própria, não sendo raro, pois, encontrar, num determinado sistema, uma espécie de ação que combina características de dois ou mais tipos distintos de ações supraindividuais típicas de outros modelos legislativos.¹⁵⁸

São inúmeros os tipos de disputas ambientais e de consumo que podem ser objeto de solução através de ações supraindividuais. Na área ambiental, atingindo o dano ambiental, como regra, a coletividade como um todo, tais ações têm aplicação generalizada. Ou seja, na proteção do meio ambiente, a regra é o cabimento de alguma espécie de ação supraindividual; a exceção, sua inaplicabilidade. Em termos de conflitos de consumo, como já estudado, basta lembrar, para citar alguns casos, a responsabilidade civil por produtos e serviços perigosos ou inadequados, as práticas comerciais abusivas, a publicidade enganosa, as cláusulas contratuais abusivas, os aumentos ilegais de preços, as relações creditícias abusivas.

12. Dois exemplos de ações supraindividuais: A ação civil pública brasileira e a *class action* anglo-saxônica

Os vários sistemas jurídicos vêm encontrando fórmulas e formas de composição judicial de conflitos supraindividuais.¹⁵⁹ É interessante notar que, neste ponto, a tradição anglo-saxônica sempre esteve na dianteira do modelo romano-germânico. Ainda hoje, não custa

¹⁵⁸ *ECLG Report* cit., p. 249. É o caso da ação civil pública brasileira que, no plano da legitimidade para agir, adota o modelo francês (legitimação exclusivamente institucional e dispensa de reconhecimento judicial da representatividade adequada, desde que a entidade cumpra os requisitos legais) e, no que se refere aos sujeitos protegidos, aproxima-se da *class action*, em especial na sua modalidade de "ação civil pública para tutela de interesses individuais homogêneos" (ou, nas palavras do CDC, arts. 91 e segs., "ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos").

¹⁵⁹ Paulo de Bessa Antunes, *Curso de Direito Ambiental*, Rio, Renovar, 1990, p. 117.

lembrar, a Europa continental procura mecanismos para a tutela efetiva desses interesses e direitos.

Uma panorâmica da situação mundial mostra-nos que não há um regime perfeito; insuscetível de críticas; um mosaico, composto de características e traços eficientes dos vários tipos de ações e procedimentos adotados pelos vários países, é que seria o ideal. E é nesse sentido que caminham os diversos ordenamentos, aí se incluindo o Brasil, principalmente após as alterações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor. No caso brasileiro, hoje, como acertadamente alerta Rodolfo de Camargo Mancuso, são vários os instrumentos que se enquadram no gênero *ações coletivas*, "como a ação popular, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, as ações do Código de Defesa do Consumidor e mesmo, segundo alguns, o mandado de injunção coletivo".¹⁶⁰

12.1 Ação civil pública¹⁶¹

Principal modalidade brasileira de mecanismo supraindividual de acesso à justiça, a *ação civil pública*, cuja primeira referência expressa em nosso sistema deu-se pela Lei Complementar Federal 40/81, que organizou o Ministério Público dos Estados,¹⁶² foi, na esfera ambiental, inicialmente prevista pela Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), restrita, porém, exclusivamente à tutela de interesses e direitos ambientais *difusos*; o instituto consolidou-se, em definitivo, alcançando a defesa do consumidor, com a Lei 7.347/85, estatuto basilar, pois multiplicou o leque das opções coletivas de acesso à justiça, antes

¹⁶⁰ Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação Popular*, S. Paulo, RT, 1994, p. 23.

¹⁶¹ No tema, já é vasta a bibliografia especializada. Cf., inicialmente, pelo seu pioneirismo, Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Jr., *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*, S. Paulo, Saraiva, 1984; lista exaustiva dos vários trabalhos publicados, pode ser encontrada em Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo...* cit., pp. 1011/1015.

¹⁶² Art. 3.º, inc. III. Cf. Édis Milaré, *Curadoria do Meio-Ambiente*, S. Paulo, APMP, 1988, p. 32; a Lei Complementar 40/81 foi substituída pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93).

praticamente limitadas à ação popular;¹⁶³ em 1988, a nova Constituição Federal, alargou, mais uma vez, seu campo de aplicação, possibilitando seu emprego para o resguardo de "outros interesses difusos e coletivos",¹⁶⁴ dilatação essa confirmada pelo CDC que, ademais, incorporou uma modalidade extra reservada aos "interesses e direitos individuais homogêneos".

A doutrina nacional festejou, à unanimidade, a legislação de 1985. Paulo Affonso Leme Machado, sem qualquer exagero, avalia que, no plano da legitimação para agir, a Lei 7.347/85 "foi uma extraordinária transformação";¹⁶⁵ no mesmo sentido, Galeno Lacerda a enxerga como uma norma que nos coloca "no umbral de um novo ciclo na realização do direito".¹⁶⁶

Visíveis, no seu perfil legal, influências tanto do *common law*, como do *civil law*, apresentando-se, nesse sentido, como um instituto-ponte entre as duas grandes famílias modernas do Direito. Do modelo continental europeu, já assinalamos, traz, p. ex., a marca da legitimação institucional, clara influência francesa, negando legitimidade ao indivíduo isolado (*representative plaintiff*).¹⁶⁷ De outra parte, adota, sem rodeios,

¹⁶³ Escrevem Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery: "Conquanto de forma tímida, a AP foi o primeiro instrumento moderno para a tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito brasileiro... Para promover AP somente está legitimado o cidadão (eleitor que se encontra em gozo dos direitos políticos, com plena capacidade política ativa), ao passo que a ACP só pode ser ajuizada pelos legitimados na LACP 5.º" (*Código de Processo Civil... cit*, p. 1016).

¹⁶⁴ CF, art. 129, inc. III.

¹⁶⁵ Paulo Affonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, S. Paulo, Malheiros, 1991, p. 227.

¹⁶⁶ Galeno Lacerda, *Art. cit.*, p. 11.

¹⁶⁷ Aqui, patente a inspiração francesa, ao se deixar de fora, no plano da legitimação para agir, a vítima isolada, como representante de sua classe. Com a ação prevista originariamente na Lei Royer, as entidades de consumidores, preenchidos certos requisitos, podem pleitear danos, mas sempre pelo prejuízo direto ou indireto ao *interesse coletivo* dos consumidores. O art. 46, autoriza as associações de consumidores "à exercer devant toutes les juridictions l'action civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs"; sobre a *action civile*, cf. Jean Calais-Auloy, *ob. cit.*, pp. 390 e ss..

facetas de inspiração anglo-saxônica, como a *fluid recovery*¹⁶⁸ e a larga aceitação da função reparatória supraindividual do mecanismo.¹⁶⁹

A denominação *ação civil pública* tem, em si, uma certa imprecisão. A ação civil, neste caso, não é propriamente "pública": não o é na perspectiva do agente impulsionador da jurisdição (as associações estão legitimadas, ao lado de organismos estatais);¹⁷⁰ tampouco é pública na percepção do interesse protegido (já que o interesse público, vimos, não se confunde com o de natureza difusa, coletiva ou individual homogênea). De qualquer maneira, a expressão está consagrada.

Como já notamos acima, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, com as alterações que introduziu na Lei 7.347/85, existem, hoje, no Brasil, para tutela do ambiente e do consumidor, três modalidades básicas de ação civil pública, conforme protejam interesses e direitos: a) difusos; b) coletivos *stricto sensu*; e, c) individuais homogêneos. Dissemos

¹⁶⁸ Nos termos do CDC: "Art. 100 - Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Parágrafo único - O produto da indenização devida reverterá para o *Fundo criado pela Lei 7.347/85*."

¹⁶⁹ Na Europa continental, as ações da família da ação civil pública visam, fundamentalmente, buscar um provimento "de fazer" ou de "não fazer", auxiliado, por vezes, por um preceito cominatório. A class action, nos moldes anglo-saxônicos, ainda é desconhecida, embora, no plano comunitário, há anos esteja em gestação uma Diretiva sobre o tema (*Group Action and the Consumer Interest... cit.*, p. 1254) e alguns países, como a França, tenham feito incursões no plano reparatório. Apesar dos resultados modestos até agora alcançados, a insistência com que a reforma nesta área é pregada na Europa bem demonstra a necessidade de se permitir que danos coletivos sejam reparados de uma maneira igualmente massificada, sendo insuficiente a flexibilização do ordenamento processual para aceitar meros provimentos supraindividuais de fazer e de não-fazer, ou, ainda, a simples reparação por danos difusos, deixando de fora a danosidade individual homogênea.

¹⁷⁰ Antes da Lei 7.347/85, que ampliou o rol de legitimados ativos, tal modalidade de ação civil era, de fato, "pública", pois negava-se a sujeitos privados (principalmente às associações) a possibilidade de tutela de interesses supraindividuais (com exceção da ação popular), como os relativos ao ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, aos consumidores, à concorrência, etc. Nesse regime precursor do atual, o Ministério Público era, de fato, o dominus de tal modalidade de provocação judicial, daí justificando-se, plenamente, a qualificadora "pública". A Lei 6.932/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) confirmou tal modelo restritivo, pois seu art. 14, § 1.º, pela primeira vez, permitiu a tutela supraindividual para danos ao ambiente, dando, contudo, ao Ministério Público legitimidade exclusiva para a ação civil pública ambiental. Hoje, como se vê, quebrado o monopólio do Ministério Público (sempre injustificável) pela Lei 7.347/85, a expressão, agora consagrada popular e legalmente, não representa, tecnicamente, nem seu universo subjetivo ativo, nem sua dimensão objetiva de proteção.

três tipos porque, para fins práticos, inexistem diferenças significativas entre a ação civil pública destinada a salvaguardar o interesse público e aquela outra dirigida ao amparo de interesse difuso.

Na sua feição moderna, originalmente limitada, conforme apontado, à tutela do ambiente,¹⁷¹ a ação civil pública, tinha um universo ainda restrito no âmbito original da Lei 7.347/85, não só porque as modalidades de interesses e direitos protegidos estavam postas em *numerus clausus*,¹⁷² mas também porque só se prestava para a defesa de interesses difusos e coletivos de *natureza indivisível*.

Posteriormente, também já vimos, por força da Constituição Federal de 1988, que cuidou expressamente do instituto, abriu-se o leque de interesses e direitos protegidos, tendência esta, que no plano infraconstitucional, foi referendada pelo Código de Defesa do Consumidor, que alterou a Lei 7.347/85 nesse sentido (art. 110).

Finalmente, o mesmo CDC, nos passos da Lei 7.913/89,¹⁷³ ampliou a abrangência da ação civil pública, colocando-a à disposição de interesses e direitos supraindividuais, mas divisíveis, consagrando, assim, a *class action for damages* no ordenamento brasileiro.

Hodiernamente, ao lado do campo de aplicação vastíssimo estabelecido na Lei 7.347/85, após as alterações nela incorporadas pelo CDC ("qualquer outro interesse difuso ou coletivo"), ainda vem,

¹⁷¹ Lei 6.938/81, art. 14, § 1.º.

¹⁷² Por intervenção do Presidente da República, José Sarney, que, cedendo aos lobbies empresariais, ao sancionar a Lei 7.347/85, vetou o inc. IV, do seu art. 1.º, que permitia a utilização da ação civil pública para proteção de "*qualquer outro* interesse difuso" (grifo nosso).

¹⁷³ Dispondo "sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários"; na verdade, aí está, embora acanhada, a primeira *class action* do Direito brasileiro, estando o estatuto assim redigido: "Art. 1." Sem prejuízo da ação de indenização do prejudicado, o Ministério Público, de ofício ou por solicitação da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, adotará as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado...". "Art. 2." As importâncias decorrentes da condenação, na ação de que trata esta Lei, reverterão *aos investidores lesados*, na proporção de seu prejuízo" (grifo nosso).

expressamente, prevista na proteção dos menores (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, art. 208), das pessoas portadoras de deficiência (Lei 7.853/89), dos investidores no mercado de valores mobiliários (Lei 7.913/89), da probidade administrativa (Lei 8.429/92) e da concorrência (Lei 8.884/94).

12.2 "Class action"¹⁷⁴

Pela via da *class action* (na Inglaterra, *representative action*; em Québec, *recours collectif*,¹⁷⁵ na França, *action de groupe*; e, no Brasil, *ação civil pública para tutela de interesse individual homogêneo*), um ou mais sujeitos podem acionar ou serem acionados¹⁷⁶ em seu próprio nome e de outros que tenham interesses assemelhados. Em outras palavras, um grupo maior (a classe) de indivíduos é representado por um de seus integrantes ou parcela menor de seus membros. O instituto, extremamente popular nas últimas décadas, é antigo, encontrando suas origens no "Bill of Peace" inglês.

Entre os pressupostos objetivos da *class action*, dois destacam-se: o número elevado de sujeitos (é o dado que determina a eficiência e economia processual do instrumento, impedindo a multiplicidade de ações) e o normalmente pequeno valor do interesse individual em questão (é o dado de justiça social, evitando, pela via da aglutinação dos micro-conflitos, o enriquecimento sem causa do réu).

Não obstante enorme visibilidade que a *class action* alcançou em todo o mundo, ultrapassando as fronteiras jurídico-geográficas do Direito anglo-saxônico, não se imagine que exista - sequer nos Estados

¹⁷⁴ Cf., no tema, o excelente José Rogério Cruz e Tucci "Class Action" e Mandado de Segurança Coletivo, S. Paulo, Saraiva, 1990.

¹⁷⁵ Sobre o modelo de Québec, cf. Nicole L'Heureux, *L'action collective au Québec*, in Thierry Bourgoignie, Group Action and Consumer Protection, Bruxelles, Story-Scientia, 1992, pp. 87-100.

¹⁷⁶ Na grande maioria dos casos, a *class action* é instrumento usado no polo ativo; como exemplo de *class action* passiva, cite-se a hipótese em que o titular de uma patente aciona todos os membros da classe dos infratores de seu direito, nomeando um ou mais "piratas" como representante de todo o grupo, demonstrando ao juiz que os escolhidos têm condições de bem representar a totalidade dos violadores.

Unidos, País onde, a partir dos anos 70, mais desenvolveu-se - unanimidade doutrinária quanto à relevância ou mesmo utilidade real do instituto, no seu papel de assegurador de um melhor acesso à justiça.¹⁷⁷

A *class action* apresenta três funções principais. A primeira é de permitir a aglutinação de diversos litígios. conforme já referimos. Se estes têm, individualmente, grande valor econômico poupa-se, de qualquer modo, tempo e recursos na solução unificada de disputas assemelhadas. Se, ao revés, os conflitos são economicamente diminutos, pela junção de todos aumenta-se sua dimensão e poder-de-fogo, viabilizando a postulação judicial. Segundo, a *class action* pode amenizar algumas das barreiras psicológicas e técnicas que impedem ou dificultam o acesso judicial da parte fraca. Por último, tal modalidade de ação pode funcionar como complemento indireto ao Direito Penal e ao Direito Administrativo, no sentido de desestimular ou deter condutas sociais indesejáveis. O violador potencial, antes de lançar mão de atividades e métodos socialmente nefastos, pensará duas vezes, intimidado que estará com a possibilidade de, por força de uma ação coletiva dessa natureza, vir a perder ou até a ultrapassar os ganhos ilícitos que por acaso tenha auferido com sua conduta repreensível.

Em qualquer discussão da *class action* sempre está presente o tema da "justiça procedimental" (*due process*), na base da qual encontra-se a aceitação de que toda pessoa tem o direito de ser ouvida. Por isso mesmo, sempre que o instrumento é adotado, prevê-se uma série de mecanismos destinados a assegurar tal garantia, como a notificação dos membros ausentes, o controle rigoroso e contínuo - não se prendendo ao

¹⁷⁷ Os críticos de um sistema democratizado e aberto de acesso à justiça quase sempre ignoram os benefícios da facilitação de demandas e do rigor nas normas de responsabilidade civil. Tais benefícios são sutis e, nem sempre, podem ser demonstrados por equações financeiras e matemáticas. Entre todos, ressalta o maior deles: o *benefício da justiça social*, em si mesma considerada (Lawrence M. Friedman, ob. cit., p. 191).

A "Law Reform Commission", da Austrália, assevera, com todo seu prestígio, que são "infundados" os receios de que a flexibilização das regras de legitimação para agir inundem os tribunais com litígios supraindividuais, obrigando estes, ademais, a lidar com ações temerárias (*Standing in Public Interest Litigation*, Report no. 27, Canberra, Australian Government Publishing Service, 1985, p. xxi).

momento da certificação (*certification*) - da adequação da representação (com verificação de possíveis conflitos ou antagonismos entre os interesses do representante e dos representados, assim como a competência técnica e disponibilidade de recursos financeiros daquele).

A *class action* traz profundas modificações no modelo processual clássico. De um lado, o juiz é forçado a abandonar seu papel passivo, chamado a atuar criativa e ativamente na condução do processo (visando, p. ex., assegurar proteção efetiva aos direitos e interesses dos membros ausentes, ou, ainda, distribuir, muitas vezes de forma inovadora, eventual indenização conferida). Do outro, ingressando no universo da conflituosidade supraindividual, o magistrado é impelido a manusear - legitimamente, mas nem por isso menos novidadeiro - temas gerados e geridos por políticas públicas, até bem pouco tempo reino privativo dos Poderes Legislativo e Executivo.

12.2.1 Os vários modelos de "*class action*" no sistema norte-americano

No modelo americano, há, basicamente, cinco tipos de *class action*, conforme a base jurídica que lhe dá sustentação.

12.2.1.1 "Equity"

Alguns Estados ainda mantêm o instituto sob o amparo da *equity*, portanto sem uma base legal própria e expressa, prevendo-a para as hipóteses de impossibilidade ou desaconselhamento do litisconsórcio de todos os membros, desde que haja representação adequada dos interesses em questão. Na medida em que os juízos de *equity* não aceitam postulações indenizatórias, a cobrança de indenização, nesse modelo, não é possível.

12.2.1.2 "Field code"

Num segundo formato, a *class action* aparece no "Field Code" (é o caso do Código de Processo Civil da Califórnia, § 382), com os

requisitos da: a) impraticabilidade do litisconsórcio, b) existência de questões comuns, e, c) representação adequada.

12.2.1.3 "federal rules of civil procedure" de 1938

Por terceiro, alguns Estados seguem o modelo original da "Federal Rule" de 1938, totalmente abandonado pelo sistema judicial federal. Além dos requisitos acima descritos, exige-se que a ação se encaixe em uma das três categorias previstas: *class action* a) verdadeira (*true*), onde os membros têm a uni-los um *interesse* comum e indivisível;¹⁷⁸ b) híbrida (*hybrid*), em que os sujeitos dividem um interesse em uma propriedade ou fundo específicos;¹⁷⁹ e, c) espúria (*spurious*), quando há apenas questões comuns a autorizar a utilização do instituto. Essa tripartição tipológica apresenta importantes consequências, principalmente no âmbito da extensão subjetiva da coisa julgada. Assim, p. ex., na hipótese da *class action* espúria, como decorrência da vinculação frouxa que existe entre os membros da classe, apenas os sujeitos que fizerem sua opção positiva (*opt in*), no sentido de formalmente se ajuntarem aos litigantes, são abrangidos pela decisão proferida. Ou seja, na improcedência, o julgamento vincula somente os autores nomeados. Diversamente, nas ações "verdadeiras" e "híbridas", todos os membros são afetados pela *res judicata*.

12.2.1.4 "Federal rules of civil procedure" de 1966

O quarto modelo é aquele da "Federal Rule 23", de 1966, que, no plano da Justiça Federal e de vários Estados, alterou o sistema de 1938, acima referido. Nos EUA, é o parâmetro mais utilizado.

Seus quatro requisitos estão no art. (*rule*) 23, alínea (a). São eles: a) *numerosidade* (o tamanho da classe desaconselha o litisconsórcio);

¹⁷⁸ P. ex., ações em que membros de um sindicato são autores ou réus.

¹⁷⁹ P. ex., ação visando a execução de um contrato de *royalty* movida por vários co-proprietários de um poço de petróleo em face de uma companhia de perfuração.

b) *questão comum* (núcleo comum de fato ou de direito); c) *tipicidade* (da *causa petendi*); e, d) *representação adequada*.

De acordo com as Normas Federais de Processo Civil, art. 23(b), há três fundamentos básicos para a propositura de uma *class action*; qualquer um deles, isoladamente, é suficiente para justificar a utilização do instrumento.

O primeiro, art. 23(b)(i), ocorre quando a eventual multiplicidade de ações individuais pode gerar inconsistência entre as várias decisões proferidas, com prejuízo quer para os autores, quer para os réus. Inexiste a possibilidade de *opção pela exclusão (opt out)*, nos termos do art. 23(c)(3).

Além disso, a *class action* é admitida naqueles casos em que a natureza do provimento judicial diz respeito a um *facere ou non facere* a ser atribuído ao réu (*declaratory relief ou injunctive relief*), nos termos do art. 23(b)(2). Seu principal uso vem ocorrendo na área dos direitos civis (*civil rights*), particularmente no combate à discriminação racial. O que se busca, nesses casos, é a declaração da legalidade de um ato ou omissão da parte. Como exemplo, pode-se mencionar as hipóteses de discriminação racial no mercado de trabalho, em que os autores tentam, através da *class action*, a "declaração" da ilegalidade do comportamento do empregador.¹⁸⁰ Trata-se de ação que não oferece grandes problemas teóricos, principalmente porque normalmente não só preenche os requisitos da alínea (a), do art. 23, como adequa-se perfeitamente ao molde da alínea (b)(2), não necessitando respeitar os requisitos da *predominância, superioridade e melhor intimação possível*, todos exigíveis da *class action* de questão comum, abaixo descrita. Em contrapartida, não há qualquer possibilidade de *opt out*, com o resultado prático de que todos os membros da classe, querendo ou não, são atingidos pelos efeitos da sentença, conforme determina o art. 23(c)(3). Aqui (salta aos olhos os perigos de

¹⁸⁰ Cf. art. 23 (b)(2).

uma ação proposta de forma inadequada ou até mesmo com má-fé e pouca publicidade.

O último tipo de fundamento para a *class action*, na forma do art. 23(b)(3), é de longe o mais popular e controvertido; com base nele forma-se a chamada *class action* "reparatória", também denominada "de dano" ou de "questão comum", tão normal em casos de responsabilidade civil do fornecedor (*mass tort cases*). Até 1938, a *class action*, típico instituto da *equity*, não podia ser empregada para fins reparatórios. Só com a reforma de 1966 é que se passa a poder, efetivamente, buscar um provimento de reparação para *toda* a classe, inclusive para os membros ausentes.

Além dos requisitos gerais próprios para todas as modalidades de *class action*, a reparatória ainda possui outros que lhe são específicos: as questões de fato ou de direito comuns devem predominar sobre aquelas que afetam apenas os membros individuais da classe (*predominância*); o caminho da *class action* precisa ser superior a todos os outros possíveis e viáveis para a solução justa e eficiente do litígio (superioridade) e, exige-se a notificação de todos os membros da classe, informando-os, especialmente, de que a ação foi proposta e de que eles podem exercer seu direito de exclusão do procedimento (*melhor intimação possível*).

Exatamente porque permite um provimento reparatório, a modalidade mais utilizada de *class action* é a do art. 23 (b)(3), que é, por assim dizer, a vala comum do instituto; nela, a única conexão entre os membros são as chamadas "questões comuns".

A notificação é obrigatória nas ações do art. 23(b)(3), devendo ser pessoal para todos os membros identificáveis da classe.¹⁸¹

¹⁸¹ Eisen v. Carlisle & Jacquelin, 417 U.S. 156 (1974).

No que tange à coisa julgada, a reforma de 1966 estabeleceu a vinculação de todos os integrantes ao julgamento prolatado na *class action*, independentemente do tipo de ação proposta e de ser o provimento favorável ou desfavorável. Contudo, aos membros ausentes - mas só no caso da *class action* reparatória - faculta-se a possibilidade de opção negativa (*opt out*), vale dizer, de retirar seu conflito do bloco agregado pela ação; aí está a razão para o rigor com que os tribunais tratam a exigência de notificação dos membros da classe. Havendo *opt out*, os lesados que assim procederem não podem receber os benefícios de um eventual provimento favorável.

Como esses mecanismos - notificação pessoal e *opt out* - são muito custosos e complicados, tenta-se, como regra, encaixar a ação numa das duas primeiras categorias da Rule 23 (b), acima estudadas.

12.2.1.5 Os modelos de Nova York e do "uniform class action statute"

Finalmente, há o sistema do NY CPLR §§ 901-908, de 1975,¹⁸² e do *Uniform Class Action Statute*, de 1976, adotado pelos Estados de North Dakota e Iowa. É uma tentativa de, pela via legislativa, esmiuçar-se aquilo que a jurisprudência, no decorrer dos anos fixou.

¹⁸² Alguns dispositivos da lei processual civil de Nova York (N. Y.Civ. Prac. Law, artigos 901-906, Rules 907-909, McKinney Supp. 1976), merecem aqui ser mencionados, que seja brevemente apenas. Segundo seu art. 901, um ou mais membros de uma classe pode ser autor ou réu como parte-representante em nome de todos se "estão preenchidos os seguintes requisitos prévios: 1. a classe é tão numerosa que o litisconsórcio, necessário ou voluntário, de todos os seus membros é impraticável; 2. existem questões de direito ou de fato comuns à classe e que predominam em relação às questões que afetam apenas membros individuais daquela; 3. as alegações e defesas dos representantes são típicas das alegações e defesas da classe; 4. as partes-representantes protegerão adequada e justamente os interesses da classe; 5. a *class action* é superior a outros meios disponíveis para um justo e eficiente julgamento da lide." Em síntese, Nova York exige, no âmbito da *class action*, apenas que as questões de fato e de direito comuns a todos os membros do grupo predominem sobre as particulares a cada membro e que a *class action* seja o melhor meio para solução do conflito. Não se requer que a *class action* se adeque a tipos rígidos estipulados em lei.

São normas longas e complexas, tudo na tentativa de resolver, pela letra da lei, as dificuldades encontradas na aplicação da Rule 23, guiando melhor o juiz.

12.2.2 Distribuição da indenização

Um dos aspectos mais inovadores da *class action* tem a ver com a distribuição dos valores objeto da condenação. A regra é que, após a condenação genérica, no caso da *class action* de questão comum, as vítimas peticionam, individualmente, apontando sua cota.

No entanto, em casos em que a individualização dos danos é impossível ou extremamente difícil (normalmente quando a classe é extremamente numerosa e o valor dos prejuízos individuais é pequeno), permite-se a fixação de um valor único e geral para as perdas e danos (*lump sum damages*), que toma como referencial o comportamento antecedente do réu e dos seus ganhos ilícitos.

Nesse contexto, permite-se, igualmente, a chamada *fluid recovery*, em que o *quantum debeatur*, após a fixação da *lump sum*, não é sequer distribuído às vítimas individuais, isto é, aos membros da classe. O juiz, reconhecendo que no Estado democrático os infratores econômicos não podem ser beneficiados pela inoperância, deficiência ou fragilidade do aparelho judicial, encontra meios para, mesmo sem a identificação de cada vítima em particular, retirar os proveitos da ação ilícita e, pela via transversa, beneficiar os membros da classe. Evidente aqui o papel conferido à *class action* de via assecuratória do interesse público, que deflui da exigência social moderna de combate à danosidade coletiva.

Se é inegável que a *class action* traz esse tom de proteção ao interesse público, sua utilização, pelo menos nos Estados Unidos, decorre de um estímulo bem menos nobre, mas nem por isso ilegítimo: os altíssimos honorários advocatícios a ela associados.

12.2.3 "Class action" e ação civil pública

Da rápida descrição dos dois institutos, evidenciado fica que, entre os vários traço distintivos entre a ação civil pública (como gênero) e a *class action* americana, destacam-se a legitimação para agir e a operação reparatória do instituto.

A legitimação para agir, por primeiro, afasta o modelo brasileiro do anglo-saxônico, pois é mais ampla neste do que naquele (sempre institucional). De fato, a *class action* pode ser proposta por qualquer indivíduo, sem qualquer necessidade de registro prévio para a classe ou para seu representante, como sucede com as associações, no Brasil, onde se fechou o instrumento ao "autor solitário".

Ainda no plano do sujeito ativo da relação processual, a representatividade adequada, uma vez cumprido o prazo anual de pré-constituição e a finalidade estatutária, é presumida (= vinculada), no nosso sistema, enquanto que, no *common law* é sempre objeto de perquirição judicial.¹⁸³ Em outras palavras, no padrão brasileiro, a simples personificação jurídica da associação cria para ela uma representatividade presumida, não cabendo ao juiz indagações outras que não uma simples investigação formal dos seus atos constitutivos. Em sentido oposto, a *class action* confere legitimação para agir aos chamados "*grupos ad hoc*", o que não acontece no Brasil.

Outra distinção, válida para as modalidades de ação civil pública destinadas à proteção de interesses difusos e coletivos *stricto sensu* (mas não na hipótese de "interesses individuais homogêneos"), é que a *class action*, por natureza, permite que os danos individuais das vítimas sejam agregados, com posterior repartição do valor apurado em juízo.¹⁸⁴ Assim é porque o interesse supraindividual discutido na *class action* é

¹⁸³ A legitimação, na *class action*, pelo menos no plano mais abstrato, é bem simples: um indivíduo, em nome de todas as vítimas, pode provocar a tutela jurisdicional, contrariando até mesmo a opinião do órgão governa mental de tutela ou de entidade civil que, oficialmente, tenha por missão representar a classe.

¹⁸⁴ Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *The protection... cit.*, p. 142.

produto do somatório de interesses particulares assemelhados, o que não se dá com os interesses difusos ou coletivos *stricto sensu*, indivisíveis por natureza. Conseqüentemente, pelo menos em tese, cada um dos integrantes da classe poderia, por si mesmo, trazer a juízo seu litígio e buscar reparação pelo dano sofrido. Defende-se, pois, nela um interesse "coletivizado" por razões mais pragmáticas do que de natureza essencial, coletivização essa decorrente da simples aglutinação de uma multiplicidade de interesses tipicamente particulares, que, dessa forma, adquirem o colorido de dano coletivo.

13. A proteção do meio ambiente no Brasil

Como observa Édis Milaré, "(a) problemática ecológica está na ordem do dia".¹⁸⁵ O fenômeno havia mesmo, fatalmente, que reverberar na prestação jurisdicional.

Embora o país já contasse cora vários diplomas legais tratando de elementos do meio ambiente,¹⁸⁶ não se podia propriamente falar em proteção do meio ambiente no Brasil até 1981. Nesse ano, foi aprovada a já citada Lei 6.938/81, conhecida como "Lei da Política Nacional do Meio Ambiente".

Na Lei 6.938/81 percebe-se forte influência do *National Environmental Policy Act* (NEPA) norte-americano, de 1970. O estatuto brasileiro foi além, contudo, organizando o Sistema Nacional do Meio Ambiente,¹⁸⁷ instituindo o CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente,¹⁸⁸ estabelecendo os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (entre eles o Estudo de Impacto Ambiental),¹⁸⁹ alterando o

¹⁸⁵ Édis Milaré, *Curadoria...*, S. Paulo, APMP, 1988, p. 17.

¹⁸⁶ É o caso do "Código de Águas" (Decreto 24.643, de 10.07.1934), do "Código Florestal" (Lei 4.771/65), do "Código de Caça" (Lei 5.197/67), do "Código de Pesca" (Decreto-Lei 221/67) e do "Código de Mineração" (Decreto-Lei 227/67), todos ainda em vigor, com umas poucas modificações, em particular no Código de Caça, que passou a tutelar não mais a "caça", mas a "faina".

¹⁸⁷ Art. 6.º.

¹⁸⁸ Arts. 7.º e 8.º.

¹⁸⁹ Arts. 9.º e segs..

regime jurídico da responsabilidade civil por dano ambiental, que passou a ser objetiva,¹⁹⁰ e prevendo, explicitamente, a legitimidade do Ministério Público - só dele, entretanto - para a ação civil pública ambiental.¹⁹¹

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988, dedicou todo um Capítulo ao meio ambiente,¹⁹² além de elencar a proteção ambiental como um dos princípios da ordem econômica.¹⁹³

A legitimidade para a propositura da ação civil pública ambiental ficou limitada ao Ministério Público até a aprovação da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), já examinada, que a ampliou para as associações ambientais e outros órgãos e instituições públicos. Por último, em 1990, o Código de Defesa do Consumidor, alterando a Lei 7.347/85, estendeu, materialmente, as hipóteses de ação civil pública ambiental, que, a partir de então, pode ser utilizada também para a tutela de "interesses individuais homogêneos", e não apenas para "interesses difusos", como previa a redação original da LACP.

Aqui, como em outros países, "os problemas não estão resolvidos. Essa questão não se inseriu na preocupação dos brasileiros como modismo. As leis chegaram".¹⁹⁴ Resta aplicá-las, mas para tanto o acesso à justiça há que deixar de ser um privilégio de poucos, um benefício à disposição do degradador, mas de difícil utilização pelo cidadão comum.

14. A proteção do consumidor no Brasil

Se, como referido, já em 1985, através da Lei 7.347/85, o Ministério Público, as associações e outros entes públicos recebiam

¹⁹⁰ Art. 14, § 1.º.

¹⁹¹ Assim: "Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. *O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente*" (art. 14, § 1.º, grifo nosso).

¹⁹² Art. 225.

¹⁹³ Art. 170.

¹⁹⁴ Paulo Affonso Leme Machado, *Direito Ambiental... cit.*, p. 231.

legitimação para atuar judicialmente em favor dos consumidores, não contavam estes com um instrumental moderno e amplo de direitos, que viabilizasse a atuação dos novos legitimados. Um perfeito paradoxo: direito de buscar tutela jurisdicional, mas ausência de direitos específicos e claros a merecer ou exigir a intervenção do Poder Judiciário. Uma lei processual sofisticada para a implementação de direitos decorrentes do Código Civil de 1916!

Em 1990, entretanto, após uma tramitação legislativa conturbada e ampla discussão nacional, foi aprovado, por unanimidade nas duas Casas do Congresso (Senado Federal e Câmara dos Deputados), o Código de Defesa do Consumidor. A Lei 8.078/90 cuida da proteção do consumidor de uma maneira sistemática: institui novos direitos para os consumidores e obrigações para os fornecedores¹⁹⁵ e cria todo um aparato de implementação, tanto com sanções administrativas e penais, como através de mecanismos processuais eficientes de acesso à justiça.

15. Ministério Público e associações como porta-vozes da supraindividualidade ambiental e de consumo

Qualquer estudo da supraindividualidade ambiental e do consumidor pressupõe, além da análise dos instrumentos implementadores (ação civil pública e *class action*, p. ex.), uma apreciação dos sujeitos incumbidos pela ordem jurídica de implementar direitos e obrigações dessa natureza. É o que, sucintamente, veremos em seguida.

O *Welfare State* trouxe, consigo, os chamados "novos" direitos, cuja novidade reside em três aspectos principais: a) uma substancial autonomia temática para matérias e problemas antes tratados de modo disperso e não especializado no Direito Público e no Direito Privado; b) o aparecimento de novos interlocutores (= novos atores), anteriormente

¹⁹⁵ Cite-se, p. ex., um novo regime de responsabilidade civil do fornecedor, em bases objetivas; a coibição da publicidade enganosa e abusiva, com previsão expressa do princípio da vinculação contratual da mensagem publicitária; um sistema de controle das práticas e cláusulas abusivas.

desconhecidos (*Ombudsman*) ou sub-utilizados (Ministério Público e associações); e, finalmente, o surgimento de novos instrumentos de implementação (inclusive no plano do Direito material, como o Estudo de Impacto Ambiental).¹⁹⁶

Por "novos" interlocutores, quero significar categorias mais (como o Ministério Público) ou menos (como as associações) tradicionais, que, no âmbito da sociedade massificada, diante de necessidades múltiplas e complexas, passam a cumprir um papel que não lhe reservara o modelo jurídico clássico.

15.1 As organizações não governamentais e a tutela do meio ambiente e do consumidor

Os diversos grupos intermediários desempenham um importante papel social: o mundo moderno não se compõe "apenas de indivíduos, mas também de grupos";¹⁹⁷ daí a indispensabilidade de porta-vozes para estes.

Os indivíduos seriam "as células componentes do organismo social. Mas, ao mesmo tempo, eles se aglomeram uns aos outros e formam os agrupamentos. Cada um destes possui uma certa missão".¹⁹⁸ É no resguardo dessas missões que o Direito deve reconhecer a função social de tais organismos sociais, garantindo-lhes o livre acesso à justiça para defender direitos que estão, muitas vezes, pulverizados entre as diversas "células" que os compõem, direitos esses que nem sempre são o resultado de simples aglutinação de interesses individuais, exibindo perfil e vida próprios.

¹⁹⁶ Cf. Antônio Herman V. Benjamin, *Desafios à efetivação dos direitos do consumidor*, in OAB, *Anais*, XV Conferência Nacional, 1994, pp. 445-452.

¹⁹⁷ Léon Duguit, *Les Transformations Générales du Droit Privé Depuis le Code Napoléon*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1912, p. 73.

¹⁹⁸ Léon Duguit, ob. cit., p. 73.

Tendo as associações e organismos assemelhados uma tamanha relevância, como caixa de *ressonância* da multidão anônima, que não encontraria, de outra maneira, formas de expressão de seus sentimentos e aspirações, sua atuação, em todos os campos, inclusive o judicial, vem sendo (e deve ser) estimulada. Mas a organização - do meio ambiente e dos consumidores, no nosso caso - ainda apresenta um outro benefício extremamente valioso: confere a esses sujeitos vulneráveis a posição de participantes reais do jogo do Direito (*effective players of the law game*).¹⁹⁹

No campo do acesso à justiça, observa-se, realmente, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, "uma clara tendência, no sentido de conferir vantagens aos particulares para tomarem a iniciativa de ações em defesa de interesses de ordem geral".²⁰⁰

Não há proteção do meio ambiente e do consumidor verdadeira e duradoura sem uma sociedade civil organizada e participativa;²⁰¹ isso, no tema que tratamos, só se dá através da criação e funcionamento efetivo de organizações não-governamentais (ONGs), que atuam - ou devem atuar - em conjunto com o Estado, o Ministério Público e os próprios cidadãos isolados.

Como órgãos intermediários, as ONGs exercem um papel fundamental, não só na representação (= intermediação) de interesses e direitos socialmente fragmentados, mas, ainda, no controle (= fiscalização) da atuação protetória estatal, que nem sempre está, rigorosamente, em sintonia com as determinações constitucionais e legais. Fábio Konder Comparato, em estudo pioneiro, alertava, referindo-se ao interesse do consumidor, que nem sempre é ele "melhor protegido por iniciativa dos

¹⁹⁹ A expressão é de Iain D. C. Ramsay, *Consumer redress... cit.*, p. 410.

²⁰⁰ Hein Kötz, *La protection... cit.*, p. 121.

²⁰¹ Sobre o tema da participação popular ambiental, cf. Édis Milaré, "Legislação ambiental e participação comunitária", in *Justitia*, vol. 152, 1990, pp. 23/39; Álvaro Luiz Valery Mirra, *A participação popular na proteção do meio ambiente*, apud Édis Milaré, *Legislação ambiental e participação... cit.*

Poderes Públicos. Já se assinalou, aliás, a ocorrência de uma cumplicidade objetiva, entre tecnocratas governamentais e *managers* privados, tornando-os insensíveis aos justos reclamos dos particulares, em nome de uma pretensa eficiência operacional".²⁰²

O associativismo ambiental e de consumo ocorre, no mundo contemporâneo, como resultado do avanço irresistível do "pluralismo", na esteira da crise da concepção do Estado como único centro de produção e implementação jurídicas da supraindividualidade.²⁰³ Como assinala José Carlos Barbosa Moreira, na sua origem está, igualmente, a percepção de que "(c)ertos interesses são mais bem defendidos em juízo por pessoas jurídicas, que, dispondo de maiores recursos e gozando dos benefícios da organização, podem enfrentar em melhores condições adversários econômica ou politicamente poderosos".²⁰⁴

A participação popular, via associações ou não, pode ser classificada em: a) *administrativa ou participativa*²⁰⁵ (no Estudo de Impacto Ambiental ou nas "comissões permanentes para elaboração, revisão e atualização das normas de consumo",²⁰⁶ entre outros),²⁰⁷ b) *legislativa* (iniciativa popular,²⁰⁸ p. ex.)²⁰⁹ e, c) *judicial* (ação popular e ação civil pública, para citar dois instrumentos apenas).²¹⁰

²⁰² Fábio Konder Comparato, *A proteção do consumidor: importante capítulo do Direito Econômico*, in Luiz Amaral (coordenador), *Defesa do Consumidor: Textos Básicos*, Brasília, Ministério da Justiça - Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, 1988, pp. 49-50.

²⁰³ Jojrge Mosset Iturraspe e Ricardo Luis Lorenzetti, ob. cit., p. 391.

²⁰⁴ José Carlos Barbosa Moreira, *Tendências...* cit., p. 9.

²⁰⁵ Onde, conforme anota Manuela Flores, manifesto seu sentido de "factor de democratização das decisões administrativas" (Manuela Flores, *Tutela...* cit., p. 209).

²⁰⁶ CDC, art. 55, § 3.º.

²⁰⁷ Basicamente no processo de formulação de políticas ambientais e de consumo, bem como da estrutura normativa regulamentar, cf. Álvaro Luiz Valery Mirra, *A participação popular na proteção do meio ambiente*, apud Édis Milaré, *Legislação ambiental e participação...* cit., p. 33.

²⁰⁸ Constituição Federal, art. 61, § 2.º.

²⁰⁹ O intuito, na participação legislativa, é influir na criação mesma do Direito Ambiental e do Direito do Consumidor.

²¹⁰ Objetivando a implementação da legislação ambiental e de consumo.

No nosso País, contudo, as ONGs (associações, fundações, etc), com raras exceções, tendem a ser fracas, quer em número de associados, quer em recursos ou profissionalismo. Também não seria para menos, num Estado dominado, por boa parte de sua história, por regimes ditatoriais ou autoritários e, por isso mesmo, desacostumado à organização dos cidadãos.

Não obstante os avanços legais - principalmente em sede de legitimação para agir - alcançados nos últimos anos no Brasil, é imperioso reconhecer que, no que se refere à atuação das ONGs, a Constituição Federal²¹¹ e a legislação infra-constitucional²¹² ainda não conseguiram transformar a realidade de apatia e desorganização dos movimentos sociais especializados.

Mas é imprescindível que esse quadro de letargia e indiferença organizativas seja radicalmente alterado. No plano judicial, as associações, além de todos os benefícios acima apontados, trazem para o litigante algo que, no terreno de sua individualidade, com raríssimas exceções, lhe falta: poder de barganha (= poder de negociação), respeitabilidade no jogo bruto do mercado e do processo, superação da relação de dominação e opressão. "Aqui, como em tudo, a união faz a força. A associação se impõe pelo número, é politicamente respeitada e socialmente prestigiada; não precisa temer as represálias e discriminações punitivas a que está irremediavelmente exposto o indivíduo. Isolado, este facilmente será esmagado, e outro consolo não terá senão o que lhe reconheceu Pascal, como atributo de sua racionalidade: o de saber que está sendo esmagado. Somando forças a seus pares na organização coletiva que por todos postula em Juízo, ele ao mesmo tempo se dilui e se agiganta: despido de sua identidade individual, nada precisa temer; unindo seu débil regato à

²¹¹ Art. 129, § 1.º.

²¹² Lei 7.347/85.

torrente dos interesses comuns, pode igualar-se em poderio ao oponente".²¹³

A disparidade de força entre o litigante-empresário e o consumidor ou titular de direito ambiental é tamanha que a questão do acesso à justiça deixa de ser um tema afeito à condição social ou econômica da vítima e se eleva ao plano da *organização* dos afetados pela conduta anti-social; é a disparidade entre estar organizado ou não que definirá a medida da justiça que cada um poderá auferir usando o aparelho judicial;²¹⁴ em outras palavras, na sociedade contemporânea, domínio das instituições e corporações, sem organização não há justiça para os indivíduos, seja ele rico ou pobre, letrado ou analfabeto, ativo ou passivo.

15.2 O Ministério Público e a tutela do meio ambiente e do consumidor

Ao lado das associações, o Ministério Público vem, em todo o mundo, trazendo a si a tarefa de tutelar a supraindividualidade em toda sua extensão, indo além da defesa exclusiva do interesse público.

Nesse movimento ampliativo de suas atribuições, o Ministério Público centra suas atenções no meio ambiente e no consumidor, vistos como merecedores, pela vulnerabilidade subjetiva e caráter supraindividual que incorporam, de intervenção institucional.

15.2.1 Conceito de Ministério Público

A terminologia Ministério Público vem do latim *manus*, daí originando-se, também, *ministro* e *administrar*. *Ministério*, então, seria todo aquele que é necessário para a execução da lei.²¹⁵

Não é fácil definir o Ministério Público, especialmente porque uma determinada definição pode ser válida para um país e ser insatisfatória

²¹³ Adroaldo Furtado Fabrício, *As novas necessidades... cit.*, p. 32.

²¹⁴ Iain D. C. Ramsay, *Consumer redress... cit.*, p. 410.

²¹⁵ Carlos A. Ayarragaray, *El Ministerio Público*, Buenos Aires, J. Lajouane e Cia - Editores, Buenos Aires, 1928, p. 4.

- por incompleta ou exagerada - para um outro, tantos são os modelos e peculiaridades dos vários Ministérios Públicos em todo o mundo. De qualquer modo, pelo menos nas nações de tradição, romano-germânica, o Ministério Público poderia ser conceituado, em linhas gerais, como a instituição que tem a seu encargo, simultânea-mente, o exercício da *persecutio criminis* (ação penal pública) e a representação processual civil do interesse público,²¹⁶ no seu sentido mais abrangente possível.

Seria, nas palavras Jules Coumoul, proferidas ainda em 1881, o organismo "que tem por objeto assegurar a execução das leis e das decisões judiciais; de reprimir as infrações às leis coercitivas, e, finalmente, de salvaguardar as pessoas incapazes de defender e proteger a si próprias".²¹⁷

Em alguns países, as funções tradicionais do Ministério Público de defesa dos interesses do Estado, de um lado, e de tutela do interesse público, de outro, foram fragmentadas, criando-se, para aquela, uma outra instituição, com outra denominação.²¹⁸

Noutros sistemas, não se faz tal separação. Assim, o Attorney General norte-americano, como o Staatsanwalt alemão, defende, ao mesmo tempo, o interesse público e o interesse do Estado.

Se hoje a instituição é chamada, pela norma constitucional e ordinária, a tutelar variadas e complexas categorias de interesses supraindividuais, no princípio do século, entretanto, afirma-se que, em matéria civil, "a intromissão do Ministério Público é sempre perigosa para

²¹⁶ 'L'expression *ministère public* possède un double sens. D'une part, elle designe l'ensemble des magistrats chargés par la société d'exercer les actions publiques; d'autre part, elle designe le magistrat qui, à une audience déterminée, représente la société" (Jean-Claude Soyer, *Droit Penal et Procedure Penale*, deuxième édition, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 212).

²¹⁷ "Précis historique sur le Ministère Public", in *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 1881, p. 300.

²¹⁸ A *Abogacia del Estado*, no Direito espanhol, o *Procureur de la Republique*, no Direito francês, o *Procuratore della Repubblica*, no Direito italiano, e a *Advocacia Geral da União*, no Direito brasileiro.

os interesses dos particulares, porque não estão presentes os motivos que a autorizam e justificam no exercício amplo da ação pública".²¹⁹

15.2.2 Evolução do Ministério Público Brasileiro

Não é relevante aqui fazer um levantamento histórico do Ministério Público nos diversos sistemas jurídicos de *civil*²²⁰ e *common law*.²²¹

²¹⁹ Carlos A. Ayarragaray, ob. cit, p. 55.

²²⁰ Para uma visão panorâmica da evolução do Ministério Público no Direito romano-germânico, cf. Argentino G. Barraquero, "El Ministerio Publico", in Gaceta del Foro, Lunes 2 y Martes 3 de Junio de 1924, Buenos Aires, pp. 241-243; Carlos A. Ayarragaray, El Ministerio Público, Buenos Aires, J. Lajouane, 1928; César Castro Perdomo, La Procuraduría en Colombia. Procuraduría General y Fiscalías: Historia Constitucional y Legal 1819-1986, Bogotá, Secretaria de Información y Prensa de la Presidencia de la República de Colombia, 1986; E. Agudo Freytes, "La primera ley especial sobre Fiscales del Ministerio Publico", in Ministerio Publico (organo de divulgación del Ministerio Publico de la Republica de Venezuela), ano III, enero-diciembre 1970, pp. 61-66; Eduardo Arala Chaves, "O Ministerio Público, o seu passado e o seu presente", in Boletim da Faculdade de Direito, vol. LVI, 1980, Coimbra, pp. 75-105; Félix Aubert, "Le Ministère Public de Saint Louis a François I", in Revue Historique de Droit Français et Etranger, 1894, pp. 487-522; Fernando Alamillo Canillas, El Ministerio Fiscal Español, Madrid, Colex, 1990; Francisco Granados, El Ministerio Fiscal (del Presente al Futuro), Madrid, Tecnos, 1989; Franco Casavola, "Profilo storico comparativo del Pubblico Ministero", in Diritto e Giurisprudenza, Gennaio-Marzo 1978, n. 1, pp. 59-65; João Baptista Ferrão de Carvalho Mártens, "O Ministerio Público e a Procuradoria-Geral da Coroa e Fazenda", in Boletim do Ministério da Justiça, n. 233, fevereiro de 1974, pp. 5-34; Jose Maria Huet, "Algunas observaciones sobre lo que ha sido desde su origen el Ministerio Fiscal", in Revista General de Legislacion y Jurisprudencia, v. 31, 1867, pp. 145-175; Juan Lopez Serrano, "El Ministerio Publico", in Revista General de Legislación y Jurisprudencia, v. 57, 1880, pp. 265-313; J.L.E. Ortolan, Le Ministère Public en France, 2 volumes, Paris, Fanjat, 1831; Luis A. Bramont Arias, El Ministerio Publico, Lima, SP Editores, 1984; Michèle-Laure Rassat, Ministère Public Entre son Passe et son Avenir, Paris, LGDJR, 1967; Hayoit de Termicourt, "Propos sur le Ministère Public", in Revue de Droit Pénal et de Criminologie et Archives Internationales de Médecine Légale, Aout-Sept.-Oct. 1936, pp. 961-1.011.

²²¹ Sobre o Ministério Público no Direito anglo-saxônico, cf. Albert J. Reiss, Jr., "Public Prosecutors and criminal prosecution in the United States of America", in The Juridical Review (The Law Journal of Scottish Universities, 1975 part I, April, pp. 1-21; Arlen C. Christenson, "A look at the history of the Office of Attorney General" Wisconsin, in Wisconsin Law Review, vol. 1970, n. 4, pp. 1057-1061; Brian A. Grosman, The Prosecutor. An Inquiry into the Exercise of Discretion, Toronto, The University of Toronto Press, 1978; Brookfield, "The Attorney-General", in New Zealand Law Journal, 5 September 1978, pp. 334-344; Hugh H. L. Bellot, "The origin of the Attorney-General", in The Law Quarterly Review, vol. XXV, 1909, London, pp. 400-411; J. E. Hall Williams (editor), The Role of the Prosecutor, Hants, Avebury, 1988; J. Murray Beck, "Rise and fall of Nova Scotia's Attorney General: 1749-1983", in The Dalhousie Law Journal, Toronto, 1984, pp. 126-141; John A. Fairlie, "The United States Department of Justice", in Michigan Law Review, vol. III, 1904-1905, pp. 352-359; Leon T. David, "Councillors and the law officers in the e colonies in America", in The American University Law Review, vol. 12, January 1963, pp. 23-50; Luther A. Huston, The Department of Justice, New York, Frederick A. Praeger, 1967; Oliver W. Hammonds, The Attorney General in the American Colonies, New York, New York

Cabe-nos apenas mencionar, em rápida notícia, a evolução do Ministério Público brasileiro. Como imaginável, tem ele suas raízes no velho Direito lusitano, aludindo-se, entre suas principais fontes, tanto as Ordenações Afonsinas de 1447, como as Ordenações Manuelinas de 1514.²²²

A nossa segunda Constituição, a republicana de 1891, não fez qualquer referência ao Ministério Público como instituição. Só com o Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, organizando a Justiça Federal, tal acontece. A partir daí, todas as Constituições, à exceção da fascista de 1937, dedicaram espaço ao *Parquet*, como ente institucional. Através do Código de Processo Penal de 1941, ainda em vigor, e dos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 (vigente),²²³ o Ministério Público ganhou crescente reconhecimento e novas atribuições. Pela Lei Complementar

University School of Law, 19(9); P. B. Waite, "An Attorney General of Nova Scotia, J.S.D. Thompson, 1878-1882: Disparate aspects of law and society in provincial Canada", in *The Dalhousie Law Journal*, Toronto, 1984, pp. 165-183; Rita W. Cooley, "Predecessors of the Federal Attorney General: the Attorney General in England and the American Colonies", in *The American Journal of Legal History*, vol. II, october 1958, n. 4, pp. 304-312; Roscoe Pound, *The Lawyer from Antiquity to Modern Times*, St. Paul, West Publishing Co., 1953, pp. 111-118; S. R. Moody e J. Tombs, *Prosecution in the Public Interest*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1982; Theodore F. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, 5th edition, London, Butterworth, 1956, pp. 228-23; Thomas Hetherington, *Prosecution and the Public Interest*, London, Waerflow Publishers, 1989; W. S. Holdsworth, "The early history of the Attorney and Solicitor General", in *Illinois Law Review*, vol. XIII, 1918-1919, pp. 602-619.

²²² C f. Hugo Nigro Mazzilli, *O Ministério Público na Constituição de 1988*, S. Paulo, Saraiva, 1989, p. 5.

²²³ Lei 5.869/73. O Título III, do Livro I, cuida do Ministério Público: "Art. 81. O Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes.

Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir: I - nas causas em que há interesses de incapazes; II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade; III - em todas as demais causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte. Art. 83. Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público: I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo; II - poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade. Art. 84. Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo. Art. 85. O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude."

40/81,²²⁴ conhecida como "Lei Orgânica do Ministério Público", outro salto qualitativo é dado pela instituição, no que tange ao seu perfil moderno.

Em 1985, com a LACP, a instituição²²⁵ é legitimada para atuar na tutela do meio ambiente e do consumidor, legitimidade essa que, como veremos, foi ampliada pelo CDC, de 1990. Como magistralmente recorda Paulo Affonso Leme Machado, "(a) ação civil pública consagrou uma instituição - o Ministério Público - valorizando seu papel de autor em prol dos interesses difusos e coletivos. O MP saiu do exclusivismo das funções de autor no campo criminal e da tarefa de fiscal da lei no terreno cível, para nesta esfera passar a exercer mister de magnitude social".²²⁶

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 deu ao Ministério Público um tratamento até então desconhecido no plano constitucional.²²⁷ Hoje, ao lado do Ministério Público da União, com sede em Brasília, cada Estado da Federação tem seu próprio Ministério Público Estadual, com sede na respectiva capital.²²⁸

Decididamente, nesses quase quinhentos anos de evolução, o Ministério Público brasileiro moldou um perfil próprio, com traços próximos aos seus similares continentais, mas igualmente com uma já incontestável influência do *common law*. Trata-se de uma carreira altamente profissionalizada e independente, com ingresso sempre por concurso de provas e títulos, e com uma das mais elevadas remunerações do país.

²²⁴ Revogada e substituída pela Lei 8.625/93.

²²⁵ Também as associações e outros entes públicos, já acentuamos. Com isso, rompia-se, para a tutela dos interesses e direitos difusos, o óbice do art. 6.º, do Código de Processo Civil: "Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei".

²²⁶ Paulo Affonso Leme Machado, *Direito Ambiental... cit*, p. 227.

²²⁷ A Constituição dedica ao Ministério Público toda a Seção I, do Capítulo IV ("Das Funções Essenciais à Justiça"), do Título IV ("Da Organização dos Poderes"), separando-o do Poder Legislativo (Capítulo I), do Poder Executivo (Capítulo II) e do Poder Judiciário (Capítulo III).

²²⁸ Segundo dados de 21.9.95, o Ministério Público Federal tem 592 cargos de Procurador da República (apenas 377 preenchidos), número bem inferior ao de alguns Ministérios Públicos estaduais, como o de S. Paulo, que conta com 2000 membros (somente 1506 ocupados).

15.2.3 O Ministério Público na tutela da supraindividualidade pós-moderna

Não são poucas as atribuições do Ministério Público. E parece que sua evolução se faz sempre pela via da aceitação de novas missões. Diante da geografia ampla de sua atuação - é instituição comum tanto ao processo penal, quanto ao processo civil -,²²⁹ o Ministério Público, como comenta Édis Milaré, é "patrono nato" de certos interesses supraindividuais, "quando erigidos pelo legislador como socialmente relevantes e dignos de tutela, se necessário perante os tribunais".²³⁰

Entre as mais recentes funções do Ministério Público, nos vários continentes, gestão as de resguardar interesses supraindividuais típicos do Estado Providência,²³¹ como os ambientais e do consumidor. Assim é porque, na transição do liberalismo individualista para o *welfarismo*, sucede "substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade".²³²

O Ministério Público tem por atribuição, primeira e tradicional, a perseguição do interesse público, no seu sentido tradicional, por nós já criticado. Alguns valores da vida em sociedade foram elevados, em lento processo histórico, à categoria de interesse público, como, por exemplo, a punição dos criminosos, a proteção da família, dos incapazes e do bem estar dos menores etc.²³³

²²⁹ Em todo o mundo "(le ministère public apparait comine une institution commune à la procédure pénale et à la procédure civile" (Maurice Aydalot, *Ministère Public, in Répertoire de Droit Pénal et de Procédure Pénal*, Tome III, Paris, 1969, p. 1), embora seu papel principal - ou, digamos, tradicional - seja desempenhado na área penal (Jean-Claude Soyer, ob. cit., p. 212).

²³⁰ Édis Milaré, *Curadoria...*, p. 21.

²³¹ No caso brasileiro, cf. Rosana Grinberg, "O Ministério Público. A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público - 8625, de 12.02.93 e os interesses difusos", in *Revista de Direito do Consumidor*, RT/Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, vol. 8, outubro-dezembro de 1993, pp. 171-178.

²³² José Carlos Barbosa Moreira, *A função social...* cit., p. 51.

²³³ "O Ministério Público, tradicionalmente, sempre foi visto como uma Instituição voltada exclusivamente para a perseguição criminal em juízo ou preocupada, na área cível, com os interesses dos incapazes e questões de família" (Voltaire de Lima Moraes, *Art. cit.*, p. 35).

No tema que aqui cuidamos, a doutrina estrangeira tem apontado e criticado a pequena importância do Ministério Público na proteção dos interesses supraindividuais de perfil pós-moderno, com exceção dos países do antigo bloco socialista.²³⁴

Como se sabe, através da criação de outros órgãos independentes (Ombudsman, p. ex.) ou mediante a adaptação de outros já existentes, tem crescido o papel do Estado na tutela dos interesses metaindividuais. É nesse contexto que se insere a atuação do Ministério Público nessas áreas mais recentes.

Procede a crítica da literatura estrangeira, quando ataca a apatia do Ministério Público para com tais interesses e direitos e sua tutela, com exclusividade, pelo aparelho estatal. Os órgãos governamentais (mesmo o Ministério Público), por mais independentes que sejam, sempre estão sujeitos a pressões políticas, possuindo limitações, humanas e materiais intransponíveis; além disso, trabalham com prioridades nem sempre coincidentes com aquelas dos tutelados, podendo, como indicado pela doutrina especializada, ser *capturados* pelos mesmos grupos e pessoas que deveriam, 'em tese, controlar'.²³⁵

Por isso mesmo, quando for conferida ao Ministério Público (através das figuras do Promotor de Justiça, do *Staatsanwalt*, da *Prokuratura* e do *Attorney General* ou *Public Prosecutor*), ou a qualquer outro órgão estatal, a atribuição de defender o interesse supraindividual, é recomendável o reconhecimento de soluções *pluralistas*, complementares a essas instituições; em outras palavras, o Estado, direta ou indiretamente, não pode ter o monopólio da tutela dos interesses transindividuais, de qualquer natureza.²³⁶

²³⁴ Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *The protection... cit.*, p. 125.

²³⁵ Ob. cit., p. 126.

²³⁶ Ob. cit., p. 129.

Reconhece-se, por outro lado, que um sistema estatal de proteção aos interesses supraindividuais tem suas vantagens, como, p. ex., trazer atrás de si a legitimidade política decorrente do voto popular²³⁷ e o fato de que os órgãos públicos, normalmente, estão melhor aparelhados para ingressar em juízo do que as entidades não-governamentais, particularmente em países menos desenvolvidos e com pouca tradição de associativismo, como é o caso do Brasil.²³⁸

Não resta dúvida que o sistema construído pela Lei 7.347/85, agora confirmado pela Constituição Federal de 1988, leva em conta essas preocupações de fundo democrático e pragmático, ao abrir à coletividade - pela via da legitimação das associações - a possibilidade de buscar a tutela de interesses que antes competia - quando competia! - ao Ministério Público e ao Estado, com privatividade.²³⁹

De outra parte, a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público, em ação civil pública ajuizada por qualquer outro legitimado ativo,²⁴⁰ demonstra, perfeitamente, que, embora o Estado tenha relaxado as normas de legitimidade, abdicando do seu monopólio, não abriu mão do princípio de que ele, Estado, direta ou indiretamente (Ministério Público), é o portador último da missão protetória da supraindividualidade.²⁴¹

²³⁷ O que não se aplica ao Ministério Público, que, à exceção de uns poucos países (Estados Unidos, p. ex., mas só nos Ministérios Públicos estaduais e dos condados, pois o Procurador Geral da República e seus assistentes dependem de indicação e provimento do Presidente), não tem seus representantes eleitos pelo povo.

²³⁸ Ob. cit., p. 131.

²³⁹ Aqui é pertinente recordar que o Ministério Público, antes mesmo da Lei 7.347/85, já possuía legitimação monopolística para propor ação civil pública em defesa do meio ambiente, consoante o art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/81.

²⁴⁰ Cf. Lei 7.347/85, art. 5º: "§ 1.º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará *obrigatoriamente* como fiscal da lei" (grifo nosso) No mesmo sentido, o CDC, ao tratar da ação para tutela de interesses individuais homogêneos: "Art. 92 - O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará como fiscal da lei".

²⁴¹ Nesse particular, a ação civil pública proposta por ONG guarda certa similitude com a *relator action* inglesa e australiana, com a diferença de que o legislador, por antecipação, *ope legis*, dá o consentimento do Ministério Público para que o particular atue em seu lugar.

15.2.40 Ministério Público na tutela do meio ambiente e do consumidor

Uma primeira questão se impõe ao tratarmos da proteção do meio ambiente e do consumidor pelo Ministério Público: tem mesmo a instituição um papel a desempenhar nesses novos temas e problemas²⁴² que afetam a sociedade pós-moderna? Não estaria reservada ao Ministério Público uma vocação eminentemente penal?

São indagações que, conforme a resposta que encontremos para elas, dão o norte do Ministério Público no terceiro milênio.

Ninguém nega que ao Ministério Público foi conferido, até por força da tradição histórica, um lugar bem delimitado no âmbito penal. Também ninguém defende a tese de que deva a instituição limitar-se, privativamente, às tarefas próprias do combate ao crime e, mais recentemente, à criminalidade organizada. Mas até onde vai a intervenção do Ministério Público no cível?

Já de início somos forçados a reconhecer que onde o Ministério Público trouxe a si novas atribuições cíveis ganhou em prestígio e legitimidade.²⁴³ Onde ele se manteve limitado às tarefas tradicionais que lhe reservaram os ordenamentos do século XIX, perdeu em visibilidade e relevância político-social.

Há, pois, razões institucionais para que o Ministério Público traga a si tais desafios da sociedade industrial. Mas há razões outras, algumas até bem pragmáticas, a justificar a intervenção da instituição.

Os novos interesses e direitos têm, ordinariamente, um perfil supraindividual, onde o individual é um mero fragmento de uma problemática maior. Como se sabe, compete ao Ministério Público,

²⁴³ É o caso, apenas para citar alguns, dos Ministérios Públicos norte-americano, venezuelano, colombiano e brasileiro. No sentido oposto, vale mencionar os Ministérios Públicos da Argentina, Uruguai e Chile.

tradicionalmente, a tutela dos bens e valores sociais, os abstratos "interesses gerais da sociedade" e a "ordem pública".²⁴⁴ Carreando o meio ambiente e o consumidor, por sua dispersão problemática, uma visível relevância social,²⁴⁵ aí se justifica a interferência do Ministério Público no seu amparo.

Ademais, esses macro-problemas jurídicos, ao contrário do que sucede com os conflitos individuais clássicos, não podem ser cuidados de maneira fragmentada. Enfrentá-los só com um tratamento sistemático, que envolva medidas administrativas, cíveis e criminais. Mais uma vez, apenas o Ministério Público, dentro do modelo de Estado que dispomos na atualidade, pode assim atuar, já que falta a qualquer outro ente público ou privado a atribuição ampla da *persecutio criminis*.

15.2.5 O Ministério Público Brasileiro e a proteção do consumidor²⁴⁶

²⁴⁴ Cf. André Pouille, *Le Pouvoir Judiciaire et les Tribunaux*, Paris, Masson, 1985, pp. 252 e 261.

²⁴⁵ Essa "relevância social", base de sua legitimidade para agir, advém não só da natureza essencial - a qualidade - do interesse protegido ou da posição de vulnerabilidade de certos sujeitos, mas igualmente do dado subjetivo quantitativo, que pressupõe, por vezes *ope legis*, a socialização de interesses tipicamente individuais. Justifica-se uma tal medida diante dos desafios trazidos para o Direito pela sociedade massificada que, como *by-product* indesejável, ocasiona a massificação dos riscos e dos danos, realidade inafastável que há de despertar no jurista, no legislador e no implementador algo mais que uma mera sensação de desconforto. Aqui, a "dimensão social" não é genética, mas decursiva "do grande número de interessados e das graves repercussões na comunidade; numa palavra: do 'impacto de massa'" (José Carlos Barbosa Moreira, *Tutela jurisdicional...* cit., p. 196). Aí reside o dado - objeto, incompreensivelmente, de decisões judiciais pouco felizes - fundamental para a tipicidade constitucional (art. 127) da legitimação do Ministério Público na proteção dos interesses individuais homogêneos.

²⁴⁶ No tema, cf. José Geraldo Brito Filomeno, *Curadoria de proteção do consumidor*, in Luiz Amaral (coordenador), *Defesa do Consumidor: Textos Básicos*, Brasília, Ministério da Justiça - Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, 1988, pp. 198-213; -, *Manual de Direitos do Consumidor*, S. Paulo, Atlas, 1991; -, "Promotorias de Justiça do Consumidor: evolução, metas e prioridades", in *Revista de Direito do Consumidor*, RT/Instituto Brasileiro de política e Direito do Consumidor, vol. 8, outubro-dezembro de 1993, pp. 101-117; José Geraldo Brito Filomeno, Cláudio Eugênio Reis Bressane e Edson José Rafael, *Consumidor, Ministério Público e a Constituição*, in LUIZ; Amaral (coordenador), *Defesa do Consumidor: Textos Básicos*, Brasília, Ministério da Justiça - Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, 1988, pp. 235-247; José Galvani Alberton, *O projeto catarinense de defesa do consumo*, in Luiz Amaral (coordenador), *Defesa do Consumidor: Textos Básicos*, Brasília, Ministério da Justiça - Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, 1988, pp. 215-224; Marcus Vinícius Rios Gonçalves, "O Ministério Público e a defesa do consumidor", in *Revista de Direito do Consumidor*, RT/Instituto Brasileiro de

A intervenção do Ministério Público brasileiro na proteção do consumidor é recente, tendo início, verdadeiramente, em 1983.²⁴⁷ Nesse ano, ainda sem qualquer legislação especial de fundo (o CDC só seria promulgado em 1990) ou legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública nesta matéria (o que ocorreria apenas em 1985, com a LACP), o Ministério Público de São Paulo inicia tal trabalho, apoiando-se somente na sua "Lei Orgânica Estadual" de 1982, que previa expressamente a proteção do consumidor entre suas atribuições.²⁴⁸ Antes disso, é bom alertar, já existiam órgãos oficiais especializados de proteção do consumidor, conhecidos como PROCONs, mas que não tinham nem a força, nem a independência do Ministério Público.

Em 1985, através do Ato 002, de 11.03.1985, foi criada a "Coordenação das Curadorias de Proteção do Consumidor", para exatamente coordenar o trabalho dos Promotores de Justiça que, em cada comarca do Estado, cumulando com outras atribuições, exerciam a tutela do consumidor.²⁴⁹

O modelo de São Paulo, o primeiro estabelecido no país,²⁵⁰ espalhou-se pelos principais Estados, inclusive no âmbito do Ministério

Política e Direito do Consumidor, vol. 7, julho-setembro de 1993, pp. 59-74; Raimundo Gomes de Barros, "Ministério Público: sua legitimação frente ao Código do Consumidor", in Revista de Direito do Consumidor, RT/Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, vol. 8, outubro-dezembro de 1993, pp. 157-170.

²⁴⁷ Para uma perspectiva histórica mais detalhada, cf. José Geraldo Brito Filomeno, *Manual de Direitos do Consumidor*, S. Paulo, Atlas, 1991, pp. 55-68.

²⁴⁸ "Art. 32. São atribuições do Procurador-Geral de Justiça: I - Administrativas: 34. designar, em cada comarca do Estado, um membro do Ministério Público a quem se incumbirá, no exercício de curadoria especializada, a proteção e defesa, no plano administrativo: a) de meio ambiente; b) dos direitos do consumidor; e c) do patrimônio cultural e natural do Estado" (Lei Complementar Estadual 304/82, de 28.12.1982).

²⁴⁹ A intervenção do Ministério Público nessa área começa mesmo em 5.5.83, quando, por designação de Paulo Salvador Frontini, então Procurador Geral da Justiça, José Geraldo Brito Filomeno e Édis Milaré participaram da primeira reunião do "Conselho Estadual de Proteção do Consumidor".

²⁵⁰ Cabe aqui lembrar que, já em 1984, por força do Decreto Estadual 20.731, de 6.12.83, o Ministério Público de Santa Catarina cria o "Serviço Especial de Defesa Comunitária - DECOM", destinado, especificamente, a coibir os abusos praticados contra o meio ambiente e o consumidor (cf. José Galvani Alberton, *O projeto catarinense... cit.*, pp. 215-224; -, *A defesa do consumidor: experiência catarinense*, in Luiz Amaral (coordenador), *Defesa do Consumidor... cit.*, pp. 211-214.

Público Federal. Para tal, foi fundamental o trabalho pioneiro de José Geraldo Brito Filomeno e Paulo Salvador Frontini; este por ter percebido, antes de qualquer outro chefe da Instituição, a importância do tema, certamente como resultado de sua contínua inquietação com a modernização institucional; aquele pelo seu empenho pessoal na viabilização da intervenção ministerial, tarefa essa que resultou na abertura de uma fronteira totalmente nova para o *Parquet*.²⁵¹

A Lei 7.347/85, como vimos, deu novo vigor à atuação especializada, já que conferiu ao Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública em favor do consumidor. Em seguida, a Constituição Federal de 1988, embora sem citar expressamente a defesa do consumidor, determinou ser função institucional do Ministério Público "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".²⁵²

15.2.6 O Ministério Público Brasileiro e a proteção do meio ambiente²⁵³

Com a entrada em vigor da Lei 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), já dissemos, o Ministério Público foi legitimado para a propositura da ação civil pública ambiental. Até então, faltavam normas mínimas no plano substantivo, como a previsão do Estudo de Prévio de Impacto Ambiental e a responsabilidade civil objetiva; pior, o

²⁵¹ Não causa surpresa, pois, que os hoje especialistas em Direito do Consumidor no Ministério Público, inclusive o autor deste texto, tenham sido profundamente influenciados, quando não diretamente formados, pelo exemplo e lições de José Geraldo Brito Filomeno.

²⁵² Art. 129, inc. III, grifo nosso.

²⁵³ Especificamente no tema "Ministério Público e meio ambiente", cf., entre outros, Antônio Hertnan V. Benjamin, "Estudo de Impacto Ambiental e Ministério Público", in *Teses. 7.º Congresso Nacional do Ministério Público*, Belo Horizonte, AMMP/CONAMP, 1987, pç. 271/286; Édís Milaré, *Curadoria do Meio-Ambiente*, S. Paulo, APMP, 1988; Édís Milaré, "O Ministério Público e a ação ambiental", in *Teses... cit.*, pp. 349/383; Marília Lomanto Veloso, *O Ministério Público e a proteção do meio ambiente*, *Teses... cit.*, pp. 53/70; Teori Albinc Zavascki, "Ministério Público e ação civil pública", in *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Nova Fase, n. 32, 1994, pp. 117-124.

pouco existente (direitos de vizinhança,²⁵⁴ p. ex.) não era passível de implementação eficiente, na medida em que protegia-se (?) o indivíduo, más a coletividade como um todo, por seus agentes intermediários (Ministério Público, associações, dentre outros), não contava com mecanismos de acesso à justiça ou mesmo de participação no processo decisório ambiental.

É verdade que o Ministério Público dispunha de atribuições penais, incumbindo-lhe, como *dominus litis*, ingressar no juízo criminal para a persecução de umas tantas modalidades de infração, que, de uma forma ou de outra, tutelavam o meio ambiente²⁵⁵ (como corrupção ou poluição de água potável,²⁵⁶ ofensas à fauna²⁵⁷ e flora,²⁵⁸ para citar algumas das mais conhecidas). Mas nesse terreno, muito pouco - pouquíssimo mesmo - foi feito, como demonstra uma rápida análise do repertório de jurisprudência nacional. Tratava-se de uma intervenção modesta e míope, limitada ao sancionamento penal e abandonando, por inteiro, os aspectos relevantíssimos da reparação e, particularmente, da prevenção. Protegia-se o meio ambiente indiretamente, ao dar resposta social a ofensas praticadas. A novidade do sistema atualmente vigente, a partir da Lei 6.938/81 e 7.347/85, consiste exatamente nisso: é intervenção *ampla* (inclui prevenção, reparação e repressão), *funcional*

²⁵⁴ Cf. Código Civil, arts. 554 e segs.; na matéria dos direitos de vizinhança, cf. Vilson Rodrigues Alves, *Uso Nocivo da Propriedade*, S. Paulo, RT, 1992. A insuficiência da normativa de vizinhança para a proteção ambiental, não é privilégio do Brasil; em outros sistemas que a prevêem, como o argentino, o problema também se manifesta (cf. Augusto M. Morello e Gabriel Stiglitz, *Tutela Procesal... cit.*, D. 961

²⁵⁵ Sobre a criminalidade ambiental em geral, cf. Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas, *Crimes Contra a Natureza*, S. Paulo, RT, 1991; Luiz Regis Prado, *Direito Penal Ambiental (Problemas Fundamentais)*, S. Paulo, RT, 1992; Ivete Senise Ferreira, *Tutela Penal do Patrimônio Cultural*, S. Paulo, RT, 1995.

²⁵⁶ Código Penal, art. 271.

²⁵⁷ Lei 5.197/67 (antigo Código de Caça), art. 27.

²⁵⁸ Lei 4.771/65 (Código Florestal), art. 26.

(tem objetivos ambientais bem delimitados e concretos a alcançar) e *disjuntiva* (exceto no sancionamento penal).²⁵⁹

Com a base legal mínima da Lei 6.938/81, o Ministério Público, a partir do Estado de São Paulo - novamente pela mão de Paulo Salvador Frontini que indicou Édis Milaré para coordenar a intervenção ministerial na área - iniciou um ambicioso e pioneiro trabalho de tutela ambiental. Primeiro, a nível das várias comarcas, com a criação das Curadorias de Meio Ambiente.²⁶⁰ Segundo, num plano mais amplo, com a organização da "Coordenadoria das Curadorias de Meio Ambiente", hoje denominado "Centro de Apoio Operacional".²⁶¹

Passados vários anos do seu ingresso no tema ambiental, os resultados alcançados pelo Ministério Público brasileiro são, a um só tempo, espetaculares e ainda insuficientes diante das expectativas nacionais e internacionais²⁶² levantadas. Passado o impulso inicial, nem sempre sério ou duradouro,²⁶³ da criação de Promotorias de Justiça especializadas (?), alguns Estados não prosseguiram na via do aperfeiçoamento e da melhoria dos serviços prestados nessa área. O zelo e a abnegação de Promotores de Justiça ambientais, em vez de reconhecimento e estímulo, encontraram, às

²⁵⁹ Veja-se que, até no plano penal, observa-se uma tendência no sentido da democratização do acesso à justiça. Tanto assim que o CDC, referindo-se claramente às associações, estatui: "Art. 80 - No processo penal atinente aos crimes previstos neste Código, bem como a outros crimes e contravenções que envolvam relações de consumo, poderão intervir, como assistentes do Ministério Público, os legitimados indicados no art. 82, incs. III e IV, aos quais também é facultado propor ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal".

²⁶⁰ Lei Orgânica Estadual 304/82, art. 32, inc. I, 34, *a*.

²⁶¹ Para uma listagem das primeiras ações propostas pelo Ministério Público de S. Paulo, cf. Édis Milaré, *Tutela jurídica do meio ambiente*, RT 605/23.

²⁶² Roger W. Findley, um dos mais importantes professores de Direito Ambiental dos EUA e brasileiro de primeira grandeza, descreveu o Ministério Público brasileiro, atento ao seu trabalho em prol do meio ambiente, como "um grupo de Advogados de carreira, relativamente bem dotado de recursos e apo|ítico, com poderes, de investigação substanciais e um forte comprometimento com o interesse público" ("Pollution Control in Brazil", in *Ecology Law Quarterly*, vol. 15, n. 1, 1988, p. 67).

²⁶³ Veja-se, ainda recentemente, o Estado do Amazonas que, através da Lei 1.193/93 (art. 80 e Anexo I) e da Lei Complementar 3/94 (art. 3.º), reduziu o número de "Promotores de Justiça Especializados na Proteção e Defesa do Meio Ambiente" da cidade de Manaus de 4 para 3.

vezes, incompreensão e insensibilidade - quando não descarada repreensão e até repressão²⁶⁴, por parte de setores minoritários do *Parquet*.

Mas não é só. Uma das maiores conquistas modernas do Ministério Público, a *especialização temática*, é, aqui e ali, estancada e, em alguns casos, simplesmente apagada. Veja-se o recente exemplo do Estado de São Paulo, pioneiro na defesa dos interesses metaindividuais, onde o "Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente", a pretexto de permitir exatamente um "grau maior de

²⁶⁴ Trago, como ilustração, um dado empírico, fruto de minha própria experiência, que referenda, inteiramente, o que digo, tudo com o intuito de demonstrar a distância que, não obstante o empenho de muitos, ainda nos separa da consolidação institucional definitiva da proteção do meio ambiente. Quero referir-me a um Corregedor-Geral do Ministério Público de S. Paulo que, em pleno ano de 1994 (quase dez anos após a promulgação da Lei 7.347/85!), numa reunião da então 6ª Procuradoria de Justiça, relatava, como um ato de galhardia oficial e de estrito cumprimento dos deveres do cargo, a forma pela qual tratava, nas suas correições pelo interior, os jovens Promotores de Justiça "de nariz empinado", que desperdiçavam seu precioso tempo na defesa do "tico-tico", mais preocupados com eventual repercussão na mídia do que com as atividades tradicionais da Instituição. Há, nessa postura, vários equívocos.

Primeiro, a observação tem o claro objetivo de negativamente estereotipar o Promotor de Justiça ambiental, um indivíduo "jovem" (= imaturo), "arrogante" (= nariz empinado) e "vaidoso" (= caçador de promoção pessoal). Segundo, visível a tentativa de mostrar o meio ambiente como um tema menor (o tico-tico), desconhecendo-se, por inteiro, a dimensão fática e constitucional do problema; passou ao largo, um dado que é inafastável: com a proteção do meio ambiente - que não é favor (= poder), mas verdadeira missão (= dever), constitucional e legalmente determinada - pela primeira vez em sua história o Ministério Público recebe a atribuição de salvaguardar, na sua totalidade, o bem jurídico "vida" (não só ela, na medida em que a tutela ambiental ampara também certas estruturas inanimadas). Com a ressalva de que a proteção não se limita à "vida" humana, isoladamente considerada, compreendendo, ao revés, o meio ambiente ecologicamente equilibrado (até o "tico-tico"), nos exatos termos do art. 225, da Constituição Federal: Como já assinalamos em outro momento, as atribuições ambientais do Ministério Público "vão além da proteção à simples existência física do ser humano e atingem o resguardo às fontes, estruturas e elementos que propiciam, mantêm e ornamentam esta mesma existência (Antônio Herman V. Benjamin, "Estudo de Impacto Ambiental e Ministério Público", in Teses. 7." Congresso Nacional do Ministério Público, Belo Horizonte, AMMP/CONAMP, 1987, p. 280). Aliás, a discriminação do "tico-tico" é completamente despropositada: em memoráveis ações, civil pública e penal, propostas pelo Ministério Público de S. Paulo contra o prefeito de uma cidade do interior que promovera um "churrasco de confraternização" com espécimes da fauna silvestre, pedia-se a intervenção judicial pela matança de "rolinhas, sabiás e tico-ticos" (Cf. Édis Milaré, "O Ministério Público e a ação ambiental", in Teses... cit., p. 359, grifo nosso). Finalmente, perceptível um certo ressentimento com a atenção que o tema recebe na mídia, esquecido o ilustre Corregedor que a visibilidade do meio ambiente é a ele imanente, independente de um ou outro Promotor de Justiça. Pior, patente o desconhecimento absoluto da "teoria da implementação" (enforcement), tema essencial a uma Instituição como a nossa, e que tem, entre seus suportes, exatamente a ampla divulgação das ações implementadoras, pois só assim alcançável, com um mínimo de dispêndio de recursos humanos e materiais, o tão buscado e bem-vindo "efeito multiplicador".

generalização", foi unido aos congêneres de "Acidentes do Trabalho" e da "Habitação e Urbanismo",²⁶⁵ ignorando-se, por inteiro, o fato - tão óbvio - de que a separação entre as matérias hoje agregadas é de fundo e não meramente formal ou cosmética.²⁶⁶

O Direito Infortunistico pode até defender o meio ambiente, na perspectiva do ambiente do trabalho, mas trata-se sempre, repito, *sempre*, de tutela indireta e reflexa: ampara-se o ambiente porque se quer resguardar o trabalhador. Diversamente, o Direito Ambiental, e aí está exatamente o dado que leva à sua autonomia (não se confundir com independência!), salvaguarda o meio ambiente *per se*, como bem jurídico com perfil, princípios e instrumentos próprios, até com assento constitucional (arts. 170 e 225).

Finalmente, a especialização que hoje temos precisa, urgentemente, de reforço. Aquele que deixar de lado os números frios das estatísticas, verificará por este enorme Brasil que, na prática, o esforço especializatório é muito relativo. Em verdade, o pecado é duplo: na primeira e segunda instâncias da Instituição. Ficou célebre, pelo que há de surpreendente, o caso de uma dedicada Procuradora de Justiça de São Paulo que, por falta de especialização, deu parecer favorável ao pleito de condenação do Ministério Público no ônus da sucumbência (totalmente acatado pelo Tribunal, desnecessário dizer), contrariando todo o pensamento vigente na área ambiental. Também não é nada encorajador saber que inquéritos civis, principalmente nas comarcas do interior, são relegados a segundo plano, em consequência do acúmulo de serviço em áreas tradicionais, como a criminal e a de família.

A solução, a meu ver, reconhecendo a inegável carência de recursos enfrentada pela Instituição, é a criação de *Promotorias de Justiça*

²⁶⁵ A nova unidade chama-se "Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente, de Acidentes do Trabalho e da Habitação e Urbanismo".

²⁶⁶ Ato 16/94-PGJ, de 8.2.95.

Ambientais Regionais, especializadas por ecossistemas ou bacias hidrográficas e libertadas do vínculo organizativo da estrutura em comarca.

16. Uma indagação à guisa de conclusão: a "Indústria do parecer" inviabilizará a ação civil pública?

De tudo o que vimos, ficam várias conclusões básicas. Inicialmente, impossível negar os grandes avanços feitos pelo Brasil no sentido de melhorar o acesso à justiça, principalmente o acesso *coletivo* à justiça para interesses supraindividuais de formação recente, do tipo ambiental e do consumidor.

Segundo, superando a ainda presente fragilidade dos principais legitimados - associações e Ministério Público - e vencendo até alguma animosidade em círculos doutrinários e jurisprudenciais, restritos mas poderosos, a verdade é que a legislação facilitadora vem sendo utilizada e bem aplicada, alcançando objetivos inimagináveis há pouquíssimos anos.

Finalmente, a insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico começa a ganhar amplitude que extrapola os limites da supraindividualidade, impondo reformas no próprio Processo Civil comum, como atestam as últimas alterações do Código de Processo Civil, que nele incorporam experimentos antes limitados ao CDC e à LACP.

Vistos por essa ótica, os fatos parecem indicar que, finalmente, o Direito começa a pagar sua dívida com a aldeia global, tanto no que tange às suas regras de fundo, como no que se refere ao aparato implementador. Entretanto, uma inspeção mais acurada da realidade brasileira aponta perigos à vista, o principal deles sendo a chamada "indústria do parecer", que causa mal enorme à prestação jurisdicional, individual ou supraindividual.

O fenômeno é simples e tremendamente eficiente. Aproveitando-se de seu poder econômico, informativo e de articulação, os

fornecedores e degradadores, sempre que desafiados judicialmente, contratam pareceres dos mais renomados juristas do país, preferencialmente de professores do julgador ou de ex-integrantes do tribunal competente para julgar eventual recurso. Num país em que a doutrina vale mais do que o precedente judicial no *common law*, bem se pode ver o impacto extraordinário da prática censurada.

O procedimento tem malefícios múltiplos. Primeiramente, nulifica, de fato, a reestruturação do processo civil feita pelo legislador, provocando a ressurreição indevida da correlação de forças condenadas à morte *ope legis*, invibializando, por esse caminho oblíquo, as conquistas dos consumidores e utentes ambientais.

Ademais, aproveitando-se da sub-organização dos sujeitos especialmente amparados, que não têm como copiar tais métodos, pulverizam custos, seja internamente (um parecer para vários processos assemelhados do mesmo fornecedor ou degradador), seja externamente (um mesmo parecer para toda uma categoria profissional, contratado por sua entidade de classe).

Tampouco tem sido raro deparar-se com empresários ou grupos de empresários que contratam os serviços não de um, mas de vários especialistas, em certos casos esgotando o universo de potenciais pareceristas. Vale dizer, os vulneráveis, mesmo que dispusessem de recursos financeiros para contratar um parecer desse porte, não encontrariam quem, no nível daqueles reunidos pelo seu adversário, os fizesse!

Por derradeiro, pareceres contratados (= cobrados e, por isso mesmo, contaminados por uma compreensível parcialidade decorrente do recebimento de informações e *briefings* unilaterais, de apenas uma das partes) passam a integrar Manuais e livros de formação de estudantes e profissionais, sem qualquer referência à origem do escrito; em outras palavras, pela porta dos fundos invadem a *communis opinio doctorum*.

Recentemente, um dos mais renomados e citados (inclusive por mim, já que verdadeiramente extraordinário!) civilistas pátrios, ao atualizar sua principal obra com um novo capítulo intitulado "O Direito do Consumidor",²⁶⁷ limitou-se a transcrever parecer que dera à FEBRABAN - Federação Brasileira dos Bancos. Pior, o novo "*capítulo*" foi incorporado sem qualquer menção, uma discreta nota de rodapé, à origem e à vinculação do escrito, levando os eventuais leitores a acreditar que o que estão consultando (e aprendendo) nada mais é que o resultado de rigorosos interesse e investigação científicos financeiramente desinteressados, obra destituída dos desvios próprios de uma consulta remunerada e *partisan*.²⁶⁸ A questão, pois, não é somente de rigor científico, - que sobra ao brilhante civista -, ou até do acerto ou não das teses defendidas, mas de transparência mesmo, valor tão precioso ao Direito, em geral, e ao Direito do Consumidor, em particular, assim como ao próprio Estado democrático.

Essa situação precisa ser urgentemente enfrentada; como advertem Alterini & Lòpez Cabana, nós, os operadores jurídicos, "temos o compromisso fie estar atentos a essas mudanças que se produzem no entorno",²⁶⁹ combatendo desvios, mesmo quando praticados por aqueles que mais admiramos e respeitamos: em verdade, é a admiração e o respeito que nos impõem o dever de alertar e criticar.

Alguma coisa tem que ser feita, sob pena de, pelo uso abusivo do expediente legítimo do parecer, arruinarmos os avanços do acesso à justiça verificados nos últimos anos no nosso país. Seja com a proibição

²⁶⁷ Cf. Arnold Wald, Curso de Direito Civil Brasileiro, Obrigações e Contratos, S. Paulo, RT, 1992, pp. 521-535.

²⁶⁸ O CDC, para fins de sua aplicação, define serviço como "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza *bancária, financeira, de crédito* e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista" (art. 3.º, § 2.º, grifos nossos).

²⁶⁹ Que diferença entre a postura que aqui repreendida e a de outros autores, dos mais importantes do mundo, que, contribuindo ou envolvendo-se apenas pro bono em casos concretos, fazem questão de advertir, preambularmente, seus leitores contra possível parcialidade no tratamento das questões analisadas, cf. William H. Rodgers Jr., Environmental Law, St. Paul, West Publishing Co., 1977, pp. XV e XVI.

pura e simples de pareceres em certas matérias, onde patente e inadmissível a vulnerabilidade essencial de um dos sujeitos, seja com a utilização dos recursos do "Fundo dos Interesses Difusos" para a contratação de pareceres em casos paradigmáticos, seja, finalmente, permitindo-se ao juiz que, percebendo o abuso de direito na utilização de múltiplos pareceres, determine o desentranhamento dessas peças opinativas, ou, ainda, imponha ao Estado a viabilização, com dinheiro público, de contra-pareceres em favor da parte fraca, recompondo-se, assim, o equilíbrio tão buscado pelo legislador, equilíbrio esse que, é sempre bom lembrar, haverá que ser material (= real) e não apenas formal.

A indústria do parecer ameaça aquele despertar social e jurídico, referido por José Carlos Barbosa Moreira, no sentido de que, sendo "(p)assageiros do mesmo barco, os habitantes deste irrequieto planeta vão progressivamente tomando consciência clara da alternativa essencial com que se defrontam: salvar-se juntos ou juntos naufragar".²⁷⁰

É chegada a hora, então, de, reconhecendo o que já conquistamos a duras penas, impedirmos que a dinâmica injusta do mercado dê meia-volta no barco que finalmente encontra seu rumo certo, pois, por sermos todos passageiros, ninguém escapará ileso. Esta a lição primeira da supraindividualidade.

²⁷⁰ *Desmasificacion... cit.*, p. 66.